
آستان قدس

بعد ذلك لم يحنث وقد حكموا فى الايلاء بانه لو وطى ساهيًا او جاهلاً ابطل حكم الايلاء مع
انها عين صريحة وكذا لو كانت امته فاشتراها او كان عبدًا فاشتريه واعتقته ووجه
العدم ان الاكراه والنسيان والجهل لم يدخل تحتها فالواقع بعد ذلك هو الذى تعلقت
به اليمين فاذا لم يتناول ثم وجد ما يتناوله لزم الحنث واستقرب الشهيد فى قواعده
الاول ونسبه الى ظاهر الاصحاب قوله الايمان الصادقة كلها مكروهة اطلق المص وجماعة
كراهة اليمين الصادقة لقوله تعالى ولا تجعلوا الله عرضة لايمانكم وقول الصادق عم
فى رواية ابى ايوب الخزاز لا تحلفوا بالله صادقين ولا كاذبين فانه يقول عز وجل
ولا تجعلوا الله عرضة لايمانكم وليس على اطلاقه لما ثبت ان النبى صلى الله عليه وآله حكى
عن سليمان عليه السلام انه قال لاطوفن الليلة على سبعين امراة كلها تاتى بفارس يقاتل
فى سبيل الله الحديث وايم الله والذى نفس محمد بيده لو قال ان شاء الله لجاهدوا فى سبيل الله
فرسانا اجمعون وقوله صلى الله عليه وآله فى زيد بن حارثة وايم الله ان كان لخليقا بالامارة
وغير ذلك من الايمان المروية عنه صلى الله عليه وآله واستثنى بعضهم ما وقع منها
فى حاجة لتوكيد كلام او تعظيم امر فالاول كقوله صلى الله عليه وآله فى زيد بن حارثة
وايم الله ان كان والثانى فوالله لا يمل الله حتى تملوا والثانى كقوله صلى الله عليه وآله لو تعلمون
ما اعلم لضحكتم قليلا ولبكيتم كثيرا وبالجملة فما ورد عنه صلى الله عليه وآله راجع الى هذين
وقسمها الاكثر الى الاقسام الخمسة فقد تجب فى مثل انقاذ مؤمن من ظالم وان كان كاذبا
ويتناولها فى الدعوى عند الحاكم اذا توجهت عليه وقد تحرم اذا كانت كاذبة لا لضرورة
وقد تستحب لدفع ظالم عن ماله المجحف به وقد تكره كما اذا كثرت وعليه يحمل الاية وفى
العرضة تنبيه عليه وكالحلف على القليل من المال وما عدا ذلك مباح قوله ويتاكد الكراهة
فى الغموس على اليسير من المال نعم لو قصد دفع المظلمة جاز وربما وجب وان كذب لكن ان كان يحسن
التورية ورى وجوبا ومع اليمين لا اثم ولا كفارة مثل ان يحلف ليدفع ظالما عن انسان او ماله
او عرضه المعهود من الفقهاء واهل اللغة ان اليمين الغموس هى الحلف على الماضى كاذبا متعمدا
بان يحلف انه ما فعل وقد كان فعل او بالعكس وانها محرمة وانما سميت غموسا لانها تغمس الحالف
فى الذنب او النار وهى من الكبائر روى انه صلى الله عليه وآله قال الكبائر الاشراك بالله وعقوق
الوالدين عن بعض اصحابنا عن ابى عبد الله عليه السلام قال اذا قال عليك مال واراد ان يحلفك فان تقع

وقتل النفس واليمين الغموس للحديث ولكن المص هنا اطلقها على الماضي مطلقا ومن ثم وصفها بالكبر والمراد
باليسير من المال ما دون درهما فما دون والمستند رواية علي بن الحكم عن بعض اصحابنا عن ابي عبد الله
عليه السلام قال اذا قال عليك مال واراد ان يحلفك فان بلغ مقدار ثلثين درهما فاعطه ولا تحلف
وان كان اكثر من ذلك فاحلف ولا تعطه ويحل وجوبا وان كذب اذا استلزمت تخليص مومن من
ظالم ويفهم من قوله ليدفع ظالما عن انسان او ماله او عرضه ان الحلف للدفع عن الثلثة يجب لانه جعله
ماء لا للواجب ويشكل وجوب الدفع عن مال الغير بذلك دون مال نفسه الا ان يقال فوجوبه فيهما
وقد ذكر المص رحمه الله وغيره ان الدفاع عن النفس واجب وعن المال غير واجب مطلقا وفي الدروس
صرح في هذا الباب بان الحلف لدفع الظالم عن مال نفسه المجحف به مستحب ويمكن الفرق بين الما
المضر فواته بما لكه وغيره في الامرين والمراد بالتورية ان يقصد باللفظ غير ظاهره اما في مفرده بان
يقصد بالمشترك معنى غير المطلوب منه الحلف عليه بان يقصد بها في قوله ما فلان عندي
ويعبد الموصولة لا النافية وما له عندك فراش ويعني الارض وللفاس واللباس والليل او النسا ونحو ذلك
او في الاسناد بان يقول ما فعلت كذا ويعني في غير المكان او الزمان الذي فعله فيه ونحو ذلك ولو لم
يحسن التورية حلف ولا شي عليه ولا يقبل الله تعالى تاويل الظالم بيمينه ولا يخرج بيمينه عن الغموس
والتورية المستحلف المحق **قوله** اليمين بالبراة من الله سبحانه او من رسوله صلى الله عليه وآله لا تنعقد
ولا تجب بها كفارة ويأثم ولو كان صادقا وقيل يجب بها كفارة ظهار ولم اجد به شيئا هذا وفي توقيع
العسكري عليه السلم الى محمد بن يحيى يطعم عشر مساكين ويستغفر الله تعالى الحلف بالبراة من الله
ورسوله وائمته عليهم السلم بحرمته سواكان صادقا ام كان كاذبا فني مرفوعة ابن ابي عمير قال سمع
رسول الله صلى الله عليه وآله رجلا يقول انا بري من دين محمد فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله
ويلك اذا بريت من دين محمد فعلى دين من تكون قال فما كلمه رسول الله صلى الله عليه وآله حتى مات وروي
بريدة ان النبي صلى الله عليه وآله قال من قال اني بري من الاسلام فان كان كاذبا فهو كما قال وان
كان صادقا لم يعد الى الاسلام سالما وروى يونس بن ظبيان قال قال لي يا يونس لا تحلف بالبراة
منا فانه من حلف بالبراة منا صادقا او كاذبا فقد بري منا والاصح انه لا كفارة عليه بذلك
مطلقا لاصالة البراة وعدم دليل يخرج عن حكم الاصل والقول بوجوب كفارة ظهار مع الحنث
للشيخين وسلار والتقي وذهب ابن حمزة الى وجوب كفارة النذر وهي عنده كبيرة مخيرة وغير
ذلك والكل رجوع الى غير دليل صالح نعم طريق التوقيع المذكور صحيح وحكم بمضمونه جماعة من

الا ان يقال فوجوبه فيهما وقد ذكر المص رحمه الله تعالى وغيره ان الدفاع عن النفس واجب وعن المال غير واجب وفي الدروس صرح في هذا الباب ان الحلف لدفع الظالم عن مال نفسه م

المتاخرين

٢

من خلاف للجماعة وتساهلا في ادلة السنين **قوله** ويسقط المشي عن ناذره بعد طواف
النسا اي يسقط عن ناذر الحج ماشيا الا ان به تتم التحلل من الحج وقد تقدم البحث فيه ولو كان
النذر للعمرة وجب المشي الى اخر افعالها اجماعا وليس لها الا تحلل واحد وبه تتم افعالها
قوله لو نذر ان يمشي الى بيت الله الحرام انصرف الى بيت الله سبحانه بمكة وكذا لو قال
الى بيت الله واقتصر وفيه قول بالبطلان الا ان ينوي الحرام اما انصرافه الى مسجد مكة
مع وصفه بالحرام فواضح لان بيوت الله تع وان تعددت الا انه لا يوصف بالحرام غيره
واما اذا قال الى بيت الله واطلق فالاشهر انه كذلك لان الاطلاق عليه اغلب بل هو المتبادر
من قولهم فلان زار بيت الله وقاصد الى بيت الله ونحو ذلك فالقول بالبطلان للشيخ
في الخلاف لاشتراك جميع المساجد في كونها بيت الله ولم يعين احدها فيبطل ويضعف
بمنع اشتراكها في ذلك عند الاطلاق ولو سلم يجب ان لا يبطل بل يجب عليه اتيان اي مسجد
شاء كما لو نذر ان ياتي مسجدا وحيث ينعقد النذر يجب عليه مع الوصول الى الميقات
الحج او العمرة كما في كل داخل عدا ما استثني فان كان احدهما لم يجب عليه صلوة ركعتين
في المسجد على الاقوى لان قصد المسجد في نفسه عبادة لقوله صلى الله عليه وآله من
مشى الى مسجد لم يضع رجله على رطب ولا يابس الا سبحت الى الارضين السابعة
وغيره من الاخبار **قوله** ولو قال ان امشي الى بيت الله لا حاجا ولا معتمرا قيل ينعقد بصدر
الكلام وقال يلغو الضميمة وقال الشيخ يسقط النذر وفيه اشكال ينشا من كون قصد بيت
الله طاعة وجه الاول ان قوله امشي الى بيت الله تقتضي كونه حاجا او معتمرا فقوله بعده
لا حاجا ولا معتمرا يقع لغوا لوجوب احدهما من اول الكلام فلا يفيده الرجوع عنه
بعد تمام النذر وقوى الشيخ في المبسوط بطلان النذر لان المشي اليه بغير احد النسكين
غير مشروع بل ولا جائز فلا ينعقد نذره واللفظ لا يتم الا باخره فكانه يقيد بالاخر النسكين
فيكون نذره منعقدا ووجوب احدهما امر خارج عن النذر وانما يجب بعد بلوغ
الميقات فلا ينافي تركهما صحة النذر غايته ان يعصي تركهما من حيث مجاوزته
الميقات بغير احرام لا من حيث النذر وفيه ان المنذور هو لقاء البيت مقيدا بكونه
غير محرم باحدهما وذلك معصية محضة فلا ينعقد وكون وجوب الاحرام طاريا
على النذر انما ينفع لو لم يقيد النذر بصفة محرمة اما معه فلا لانه بدونها غير مقصود

ولهما تخيير من وعى فالقول بعدم انعقاد النذر اقوى نعم لو قصد بقوله لا حاجا ولا معتمرا الى احد مما غير منذور وانما المنذور المشي الى بيت الله تعالى من غير ان ينوي فعل احد مما اتجه ما ذكره المص وانعقد النذر ووجب عليه احد مما عند بلوغ الميقات لا من حيث النذر بل من تحريم مجاوزة الميقات بغير احرام باحدهما مع وجوب مجاوزته للقاء البيت وهذا كله في غير من يجوز له دخول الحرم غير محرم والا فلا شبهة في انعقاد النذر لعدم المعصية بره قوله ولو قال ان امشي واقتصر فان قصد موضعا انصرف الى ما قصده وان لم يقصد لم ينعقد نذره لان المشي ليس طاعة في نفسه : اذا نذر ان يمشي مقتصرا عليه باللفظ فان نوى به المشي الى محل معين تقيد به واعتبر في انعقاد النذر ره كونه طاعة كالمشي الى المسجد وقضاء حاجة مسلم وعيادة مريض ونحو ذلك وان اطلق اللفظ ولم يقيده بالنية لم ينعقد لان المنذور هو المشي المجرد وهو في نفسه ليس بطاعة وانما يصير عبادة اذا كان وسيلة ومقدمة الى طاعة لا مطلقا ومعنى قول المص انصرف الى قصده انه يتقيد به اعم من ان ينعقد بواسطة النذر ام لا كما قرناه قوله ولو نذر ان رزق ولدا يحج به او يحج عنه ثم مات حج بالولد او عنه من صلب ماله : الاصل في هذه المسئلة رواية مسمع بن عبد الملك في الحسن قال قلت لابي عبد الله عم كانت لي جارية حبلى فنذرت لله عز وجل ان ولدت غلاما ان احجه او احج عنه فقال ان رجلا نذر لله عز وجل في ابن له ان هو ادرك ان يحجه او يحج عنه فمات الاب وادرك الغلام بعد فاتى رسول الله صلى الله عليه وآله ذلك الغلام فساله عن ذلك فامر رسول الله صلى الله عليه وآله ان يحج عنه بما ترك ابوه ولان ذلك طاعة مقدورة للناذر فينعقد نذرها ويقتضي الصفة ان يكون الناذر مخيرا بين ان يحج بالولد وبين ان يستنيب من يحج عنه فان اختار الثاني نوى النايب الحج عن الولد عملا بمقتضى النذر وان احج الولد نوى عن نفسه ان كان مميزا والا احج الولد بايقاع صورة الحج به كما ذكر صحيحه في الحج تبرعا وقد تقرر كيفية ذلك في بابه ولو اخر الاب الفعل الى ان بلغ الولد فان اختار الحج عنه لم يجزه عن حجة الاسلام وان احجه اجزاه لان ذلك عنه الاستطاعة بالبذل المنذور ولو مات الاب قبل ان يفعل احد الامرين فان كان موته

قبل التمكن من احدهما سقط النذر وان كان بعده وجب قضاؤه من اصل تركته لانه حق مالي تعلق بتركته وهو مدلول الرواية وتخيير الوصي بين الحج بالولد والحج عنه كما كان ذلك للاب ولو اختلفت الاجرة كان كما لو مات وعليه كفارة مخيرة فيخرج عنه اقل الامرين ان لم يتبرع الوارث بالازيد وظاهر الرواية بقاء التخيير من غير تقييد بذلك وليس منافيا لما سبق لانه فرضها هنا فيما لو كان قد ادرك الولد وامر بالحج عنه بما ترك ابوه فجاز كونه الفرد المعتبر اخر اجرا او انحصار الارث في الابن ورضاه او غير ذلك ولو فرض اختيار الولد الحج عن نفسه بالمال صح ايضا واجزاه على تقدير استطاعته عن فرضه لان متعلق النذر حجه بالمال عن نفسه وذلك لا ينافي كونه حجة الاسلام ولو مات الولد قبل ان يفعل احد الامرين بقي الفرد الاخر وهو الحج عنه سواء كان موته قبل تمكنه من الحج بنفسه ام لا لان النذر ليس منحصرا في حجه حتى يعتبر تمكنه في وجوبه نعم لو كان موته قبل تمكن الاب من احد الامرين احتمل السقوط لفوات متعلق النذر قبل التمكن منه لانه احد الامرين والباقي منهما غير احد الكلي وهو خيرة الدروس ولو قيل بوجوب الحج عنه كان قويا لان الحج عنه متعلق النذر ايضا وهو ممكن ويمنع اشتراط القدرة على جميع الافراد المخير بينها في وجوب احدها كما لو نذر الصدقة بدرهم فان متعلقه امر كلي فهو مخير في الصدقة باي درهم اتفق من ماله ولو فرض ذهابه الا درهما واحدا وجب الصدقة به قوله ولو نذر ان يحج ولم يكن له مال فحج عن غيره اجزا عنهما على تردد : القول بالاجزاء للشيخ استنادا الى صحيحة رفاعة قال سالت ابا عبد الله عليه السلم عن رجل حج عن غيره ولم يكن له مال وعليه نذر ان يحج ماشيا ايجزي عنه عن نذره قال نعم وذهب الاكثر الى عدم الاجزاء لانهما سببان مختلفان فلا يجزي احدهما عن الاخر والمص تردد في الحكم من حيث صحة الرواية ومخالفتها للقواعد الشرعية وحملها في المختلف على ما اذا عجز عن اداء ما نذره واستمر عجزه وفيه نظر لانه مع عجزه عن المنذور واستمرار العجز يسقط النذر حملت ايضا على ما نذر الحج مطلقا عنه او عن غيره بمعنى انه قصد ذلك وهذا اولى وان كان ظاهر الرواية يابى ذلك لانه على تقدير قصده ذلك لا يبعد اجزاء الحج النيابة عن النذر لعدم قدرته على ما يحج به عن النذر الذي هو مفروض الرواية الا ان الفرض بان الواقع فلا ينافي غيره قوله لو نذر صوم ايام معدودة كان مخيرا بين التتابع والتفريق الا مع شرط التتابع : اذا نذر صوم ايام متعددة كعشرة ايام صح ان يصومها متتابعة ومتفرقة لصدق صومها على التقديرين خلافا لبعض العامة

حيث جعل الاطلاق منزلا على التتابع وان قيد نذره بالتتابع فلا شبهة في لزومه لانه وصف
راجح في الصوم مطلقا الامع شرط التتابع انه لو شرط التفريق في النذر لم يتعين وبقي مخيرا لانه
حكم بتخييره مطلقا الامع شرط التتابع فيدخل في التفريق التخيير مالو شرط التفريق وهو
احد الوجهين في المسئلة ووجهه ان التفريق ليس وصفا مقصودا للشارع بل غايته ان يكون
جايزا فلا ينعقد نذره بخلاف التتابع فاذا صام متتابعا فقد اتى بما هو الافضل كما لو نذر
الركوب في الحج فمشى على احد القولين واجود هما وجوب التفريق عملا بمقتضى نذره
والكلام فيه كما قررناه في الحج ماشيا لمن نذر الركوب لان المنذور حقيقة هو الصوم المتفرق
لا نفس التفريق ولا شبهة في انه عبادة راجحة فينعقد نذره وان كان جد غيره من الافراد
افضل منه اذ لا يشترط في انعقاد نذر عبادة انه يكون اعلى مراتبها ولان التفريق مرعي
شرعا على بعض الوجوه فليس هو من الامور الملغاة في نظر الشارع اصلا وعلى هذا فلو صام العشرة
متتابعة حسب له منها خمسة ايام ولغي بعد كل يوم يوم قوله والمبادرة بها افضل والتاخير
جائز لا اشكال في استحباب المبادرة لما فيه من المبادرة الى سبب المغفرة المامور بها
وللخروج من خلاف من جعل الامر المطلق منزلا على الفور ولكن يجوز التاخير لان النذر
المطلق وقته العمر والفور غير واجب على الاصح ويتضيق عند ظن العجز عنه لو اخره ح
بالموت والضعف وذهب بعض الاصحاب الى وجوب المبادرة اليه وهو شاذ قوله ولا
ينعقد نذر الصوم الا ان يكون طاعة فلو نذر صوم العيدين او احدهما لم ينعقد وكذا لو
نذر صوم ايام التشريق بمنى وكذا لو نذرت صوم حيضها هذا مما لا خلاف فيه عندنا
وعند اكثر العامة وذهب بعضهم الى انعقاد النذر ووجوب صوم يوم اخر مكانه وربما قال
بعضهم انه لو صامه خرج عن نذره وفساده واضح وصوم ايام التشريق لا يختص
بالناسك على الاشهر لعموم النص فيحرم على من كان بمنى مطلقا وعليه يدل الاطلاق عبارة
المص والاكثر وخصه العلامة بالناسك لان الروايات الواردة في ذلك ضعيفة الاسناد
والصحيح منها وهو رواية عبد الرحمن بن ابي نجران ليس دالا على التحريم فيقتصر به على
موضع الوفاق وهو الناسك وهذا اعتبار لا باس به قوله وكذا لا ينعقد اذا لم يكن ممكنا كما لو
نذر يوم قدوم زيد سواء قدم ليلا او نهارا اما ليلا فلعدم الشرط واما نهارا فلعدم التمكن من
صيام اليوم المنذور فيه وجملة الحال انه اذا نذر صوم يوم قدوم زيد بعينه ولم ينذره دائما

فالمشهور

فالمشهور انه لا ينعقد نذره مطلقا لانه ان قدم ليلا لم يكن قدومه في يوم حتى ينظر هل
يصام ام لا بناء على ان اليوم اسم للنهار خاصة كما هو المعروف لغة فلم يوجد يوم قدومه
وهو معنى قوله لعدم الشرط بمعنى ان شرط النذر ان يكون يوم قدومه محلا للصوم ولم يحصل
ولا يخلو من تجوز والوجه ما ذكرناه من عدم وجود متعلق النذر اصلا فضلا عن ان يكون
غير مقدور وان قدم نهارا بعد مضي قبل قدومه جزء من النهار فان اوجبنا صوم بقية اليوم
وجعلناه متعلق النذر لزم انعقاد نذر صوم بعض يوم والاصحاب لا يقولون به وان
قلنا بوجوب مجموع اليوم لزم تكليف ما لا يطاق لان الجزء الماضي منه لا يقدر الناذر على
صومه عن النذر ولو فرض علمه ليلا بقدومه نهارا فبيت النية لم يكف ايضا لعدم حصول
الشرط ح فلا وجه ح لوجوبه ولان العلم بقدومه انما يستند الى امارات قد يتخلف وقد
يكذب الخبر او يحصل له مانع من القدوم والعلم المذكور غير حقيقي وانما هو ظن راجح ولا فرق
على هذا بين ان يقدم والناذر صايم لذلك اليوم ندبا او عن واجب آخر او غير ناو للصوم
لاشتراك الجميع في المقتضي والوجه الاخر الذي اشار اليه المص انه ان قدم قبل الزوال ولم يكن
الناذر احدث ما يفسد الصوم ينعقد نذره ويجب عليه صومه لان هذا القدر من النهار
قابل للصوم ندبا بل واجبا على بعض الوجوه فلا مانع من انعقاد نذره كما لو نذر اكمال صوم
اليوم المندوب خصوصا قبل الزوال وهذا اقوى بل يحتمل انعقاده وان قدم بعد الزوال م
ولم يحدث ما يفسد الصوم بناء على صحة الصوم المندوب ح فينعقد نذره ولو كان صايما ندبا
زاد الاحتمال قوة لانه ح صوم حقيقي مندوب فيكون نذره طاعة ويمكن بناء الحكم
على ان المتنفل اذا نوى الصوم نهارا هل يكون صايما من وقت النية او من ابتداء النهار فعلى
الاول يتجه عدم صحة النذر لان المفهوم من صوم يوم قدومه صوم مجموع اليوم ولم
يحصل وعلى الثاني يصح لصدق الصوم في المجموع واستتباع الباقي للماضي ويمكن رجوع الخلاف
الى امر آخر وهو ان الناذر اذا التزم عبادة واطلق تسمية الملتزم على ما ينزل نذره فيه وجهان
احدهما انه ينزل على واجب من جنسه لان المنذور واجب فيجعل كالواجب ابتداء من جهة الشرع
لقرب الواجب والثاني ينزل على الجائز من جنسه لان لفظ الناذر اقتضى التزام الجائز لا الواجب م
فلا معنى لالتزام ما لم يتناوله لفظه ولعل هذا اظهر وعليه يتفرع مسايل كثيرة منها المسئلة المذكورة
فان نزلناه على الواجب لم ينعقد نذر صوم يوم قدومه بعد الزوال قطعا لان الواجب لا ينعقد ح

مطلقاً قبل الزوال بتجدد الانعقاد لان الواجب قد ينعقد ح فيما لو اصبح غير ناو للصوم ثم نوى
القضا عن رمضان قبل ان يتناول فان الاقوى صحة صومه ح فليكن في النذر كذلك وان قلنا
بعدم صحة الصوم عن الواجب واشتراط تبييت النية ليلا لم يصح النذر لعدم صحة الواجب مثله
في اثناء النهار وان حملناه على ما يصح من جنسه صح النذر في الحالين لان الصوم المندوب
ينعقد في اثناء النهار مطلقا على ما تقدم تحقيقه في بابه وعلى المشهور من عدم صحة تجديده
بعد الزوال مطلقا على ما تقدم تحقيقه في بابه مطلقا لا ينعقد النذر لو قدم بعده مطلقا
وانما بقي الكلام فيما لو قدم قبل الزوال فان الحقناه بما يصح وان كان مندوبا صح وان
الحقناه بالواجب وقلنا بصحته صح ايضا والا فلا وعلى تقدير الصحة لو علم ليلا قدومه
نهارا عادة جاز له تبييته ليلا وفي وجوبه نظر من العلم العادي بالذي يبنى عليه الحكم
شرعاً وجواز خلافه بل يتجه ح وجوب النية ليلا وان علم مجيئه بعد الزوال مطلقا لان
المنذور مجموع اليوم الذي تقدم فيه وهو يتحقق بقدومه في جزء من النهار ويمكن
صرف مجموعه الى النذر بسبب العلم السابق وهو خيرة الدروس قوله ولو قال لله على ان
اصوم يوم قدومه واجبا سقط وجوب اليوم مجا فيه لما تقدم من المانع ووجب صوم
مثل ذلك فيما بعد لوجود المقتضي لوجوب صومه وهو النذر وانتفاء المانع لانه كان
قد نشأ في الاول من مضي بعض اليوم الموجب لعدم انعقاد صوم الباقي وهو منتف
فيما بعده لانه اذا قدم مثلا فالنذر في قوة التزام صوم يوم الجمعة دائما فاذا سقط يوم
الجمعة الاول لعارض بقي الباقي فيجب تبييت صومه ليلا كغيره من الواجبات ويوصف
مجموعه بالوجوب ولو قلنا بانعقاد يوم قدومه صح الجميع قوله ولو اتفق ذلك اليوم
في رمضان خاصة وسقوط النذر فيه لانه كالمستثنى ولا يقضيه ولو اتفق ذلك يوم
عيد فطره اجماعا وفي وجوب قضائه خلاف والاشبه عدم الوجوب اذا نذر صوم
يوم قدوم زيد او يوم الخميس فاتفق في شهر رمضان سقوط النذر فيه وصومه عن رمضان
خاصة من غير ان يجب عليه قضاؤه لان وجوب شهر رمضان سابق على النذر فلا
ينعقد عليه النذر وهذا بناء على عدم صحة النذر الواجب وسياتي البحث فيه وبدونه
المص في حكمه وهو خلاف ما جزم به هنا ولو قلنا بصحته كما هو اقوى القولين وجب
صومه بالسببين والمتجه لها الآن الفائدة تظهر مع افطاره عمدا في وجوب كفارتين

بعدم صحة صومه ح فليكن في النظر كذلك وان قلنا بعدم ص

الذي جاء فيه ووجب صومه فيما بعده هذا الحكم متفرع على عدم انعقاد يوم قدومه فلو كان قد نظر صوم يوم قدومه دايما بمعنى صوم ما وافقه من ايام الاسبوع دايما سقط وجوب اليوم

لرمضان

لرمضان وخلف النذر ولو اتفق هذا اليوم المنذور يوم عيد فلا خلاف في وجوب افطاره
لتحريم صومه على كل حال وفي وجوب قضائه قولان احدهما وهو الذي اختاره المص العدم
لان وجوب قضائه فرع على صحة نذره وصحته موقوفة على قبول الزمان للصوم ليكون
والعيد لا يصح صومه شرعاً فلا يدخل تحت النذر فهو متعين للافطار كما ان رمضان
متعين للصوم بغير النذر فلا يتناولهما النذر والثاني الوجوب ذهب اليه الشيخ وجماعة لصحيحة
علي بن مهزيار قال كتبت الى ابي الحسن عليه السلم رجل نذر ان يصوم يوم الجمعة دائما فوافق
ذلك اليوم يوم عيد فطر او اضحى او يوم الجمعة او ايام التشريق او سفراً او مرضا هل عليه صوم
ذلك اليوم او قضاؤه ام كيف يصنع يا سيدي فكتب اليه قد وضع الله الصيام في هذه الايام كلها
ويصوم يوماً بدل يوم ان شاء الله ولان اليوم المعين من الاسبوع كيوم الاثنين مثلا قد يتفق
فيه العيد وقد لا يتفق فيتناوله النذر بخلاف رمضان فان وقوعه فيه امر معلوم فلهذا
وقع الاتفاق على عدم تناوله له حيث لا يقول بصحة نذر الواجب واجيب عن الرواية بحملها
على الاستحباب لانه لو كان واجبا لم يعلقه بالمشية بلفظ الا ان يختص بالمحتمل الا بالتحقيق وفيه
نظر لان من جملة المسئول عنه ما يجب قضاؤه قطعاً وهو ايام السفر والمرض والمشية كثيرا ما تقع
في كلامهم عليهم السلم للتبرك وهذا اللايق بمقام الجواب عن الحكم الشرعي نعم في مضمون الرواية
اشكال من حيث تشريكه في الحكم نعم في مضمون الجمعة وغيرها من المذكورات وغاية الصوم
يوم الجمعة ان يكون مكروها ومكروه العبادة ينعقد نذره لرجحانه في الجملة فادخالها في الحكم
لا يوافق الوجوب ولا الاستحباب على هذا التقدير الا ان يقال بمشاركة المكروه للمحرم في ذلك
واعلم انه لو وقع في شهر رمضان من ذلك اليوم المعين اكثر من اربعة جاء في الخامس الوجهان
الايتان في العيد لان الخامس قد يتفق في شهر رمضان وقد لا يتفق كما ان العيد قد يقع
في ذلك اليوم وقد لا يقع بخلاف الاربعة فانه لا بد منها قوله ولو وجب على ناذر ذلك اليوم
صوم شهرين في كفارة قال الشيخ صام في الشهر الاول من الايام عن الكفارة تحصيلا للتتابع
فاذا صام من الثاني شيئا صام ما بقي من الايام عن النذر لسقوط التتابع وقال بعض المتاخرين
يسقط التكليف بالصوم لعدم امكان التتابع وينتقل الفرض الى الاطعام وليس شيئا والواجب
صيام ذلك اليوم وان تكررت عن النذر ثم لا يسقط به التتابع لا في الشهر الاول ولا الاخير لانه
عذر لا يمكن الاحتراز منه ويتساوى في ذلك تقدم وجوب التكفير على النذر وتاخره اذا وجب

طاعة

على ناذر يوم معين كيوم الاثنين لكونه يوم قدوم زيد او غيره صوم شهرين متتابعين
في كفارة على وجه التعيين كالمرتبة ففي تقدم الكفارة على النذر او تقديمه عليها اقوال احدها
تقديم الكفارة فيما يجب تتابعه على النذر وذلك في الشهر الاول واليوم الاول من الثاني
بحيث يحصل له شهر ويوم متتابعا ويتخير فيما بعد ذلك من الشهر الثاني بين صوم اليوم
المعين عن الكفارة وبين صومه عن النذر وهو قول الشيخ في المبسوط محتجا بانه يمكن
قضاء المعين عن النذر ولا يمكن صوم الكفارة بدون ان يصومه عنها لفوات التتابع
بتخلل ذلك اليوم فيجمع بين الواجبين صوم عن الكفارة وقضاؤه عن النذر هذا فيما يجب
تتابعه واما في بقية الشهر الثاني فانه يمكن صومه عن كل واحد من الجانبين من غير اضرار بالا
التتابع في الكفارة ح فيتخير وثانيها صومه عن النذر ولا يصح الكفارة لان شرطها التتابع
وهو ممكن لوجوب صوم المعين عن النذر فينتقل ح الى غير الصوم من الخصال كالاطعام لعدم
لتعذر شرط الصوم مقام تعذره وهو قول ابن ادريس وثالثها ما اختاره المص واكثر المتاخرين
وهو تقديم النذر وهو تقديم النذر من غير ان يقطع تتابع الكفارة لانه عذر لا يمكن الاحتراز
منه فكان كايام الحيض والمرض والسفر الضروري سواء في ذلك الشهر الاول والثاني وهذا هو
الاقوى واعلم ان محل الخلاف اذا كانت معينة ككفارة الظهار وقتل الخطا فلو كانت مخيرة
لم يجزه الصوم وانتقل الى الاطعام لانه لا ضرورة الى التفريق لامكان التكفير بالخصلة الاخرى
على تقدير قدرته عليها والا كانت كالمعينة وانه لا فرق بين تقدم سبب الكفارة على النذر
وتاخره لاشتراكهما في المقتضي وهو تعيين اليوم للصوم المنذور وانما يتجه الفرق لو قلنا
بتقديم الكفارة وقضاء اليوم عن النذر فانه على تقدير تقدم النذر يكون قد ادخل على
نفسه صوم الشهرين بعد وجوب صوم اليوم بالنذر فيجمع بينهما بخلاف ما اذا تقدمت
الكفارة لانه ح يكون كالمستثنى كما استثنى الواقع في رمضان ويحتمل هنا القضا ايضا لان
الوقت غير متعين بصوم الكفارة بالقضا بخلاف رمضان **قوله** واذا نذر صوما مطلقا فاقله
يوم وكذا لو نذر صدقة اقتصر على اقل ما يتناوله الاسم : اذا نذر حقيقة من الحقايق كالصوم
والصلوة والصدقة والطلق لزمه ما يصدق معه تلك الحقيقة وان كان اقل ما يتحقق وذلك
صوم يوم في الصوم لانه اقل ما يتحقق به الصوم اذ لا يشرع صوم بعض يوم مطلقا وفي
الصدقة يلزم اقل ما يتناوله الاسم وهو ما يتمول عادة كدانق وهو موضع وفاق وانما خالف

الواجبين

لعدم اشتراطه

بالقضاء

فيه بعض العامة فحكم في الصوم بالاجتزاء ببعض يوم بناء على صدق اسم الصوم على البعض على
بعض الوجوه واوجب في الصدقة خمسة دراهم ونصف دينار نظرا الى انه اقل ما يجب من
الصدقة في الزكوة ومبنى الخلاف على ان المعتبر في المنذور في المنذور واجب من جنسه او اقل
جايز من جنسه وقد تقدم الكلام فيه فعلى الاول يجب خمسة دراهم او نصف دينار وعلى
الثاني يجزي مسمى الصدقة وهذا يتجه على القول بعدم جواز اعطاء المستحق الواحد اقل
ما يجب في النصاب والحق ان ذلك على الاستحباب ومن اوجبه منهم اجازوا ان الخلطا
قد يشتركون في نصاب فيجب على احدهم شي قليل فيكفيه ان يتصدق بدانق وما دونه
مما يتمول ولذلك نقول اذا حملت المطلق على الواجب فالاقل من الصدقة غير مضبوطة
جنسا وقدرا بل الاموال الزكاتية مختلفة الجنس وليس لواجبها قيمة مضبوطة فامتنع اجراء
هذا القول في الصدقة وتعين اتباع مفهوم اللفظ **قوله** ولو نذر الصيام في بلد معين قال
الشيخ صام اين شاء وفيه تردد : وجه ما اختاره الشيخ من عدم تعيين المكان ان الصوم
لا يحصل بكونه في مكان دون آخر صفة زايدة على كماله في نفسه فلا وجه لترجيح ايقاعه
في مكان دون آخر ومنشاء التردد مما ذكره ومن ان المنذور انما هو الصوم المقيد بالمكان
فيجب الوفاء به عملا بعموم الامر بالوفاء بالنذر ولا يتحقق الا بذلك ولان الصوم المطلق
غير منذور حتى يقال باجزاء الصوم حيث شاء ولا المقيد على المكان المعين حتى يقال
انه لا مزية فيه وانما هو فيه من قبيل نذر المباح بل هو الصوم المقيد بكونه في المكان المخصوص
ولا شك انه عبادة راجحة فلا مانع من انعقاده وايضا فمطلق المكان لا يخلو عن المزية
فان الصوم في بعض الامكنة اشق من بعض فيكون افضل لان افضل الاعمال احمزها وبعضها
اسهل فيكون قد قصد بتعيينه التخفيف على نفسه وهو امر مطلوب وعقلا والعبادة المقيدة
به صالحة للنذر فتتعين عملا بالعموم وللعلامة قول ثالث بتعيين ذي المزية دون
غيره لان المكان ذي المزية راجح فينعقد نذره وقد روى الصدوق ان صوم يوم بمكة
كصوم سنة في غيرها وادعى ولده في الشرح ان الاجماع واقع على تعيين ذي المزية
وانما الخلاف في غيره ولا تخلو هذه الدعوى من نظر والاقوى تعيينه مطلقا **قوله** ومن
نذر ان يصوم زمانا كان خمسة اشهر ولو نذر حينا كان ستة اشهر ولو نوى غير ذلك
عند النذر لزمه ما نوى الحين والزمان والوقت واشباهها من الاوقات المبهمة الصالحة

لغة وعرفا للقليل والكثير فكان حق ناذر صوم ان يكتفي بصوم يوم ولكن روى السكوني
عن ابي عبد الله عن ابايه عم ان عليا عليه السلم قال في رجل نذر ان يصوم زمانا قال
الزمان خمسة اشهر والحين ستة اشهر لان الله تعالى يقول توتي اكلها كل حين
باذن ربها يعني ستة اشهر وحال السكوني معلوم وفي طريق الثانية جهالة الا ان الشيخ
وروى ابو الربيع الشامي عن ابي عبد الله عليه السلم انه سئل عن رجل قال لله علي ان
اصوم حينا وذلك في شكر فقال ابو عبد الله عليه السلم قد اتى به في مثل ذلك فقال صم ستة
اشهر فان الله تعالى يقول توتي اكلها حين باذن ربها يعني ستة اشهر وحال السكوني كلام
معلوم وفي طريق الثانية جهالة الا ان الشيخ عمل بمضمونها وتبعه الاصحاب حتى لا يعلم
منه مخالف هذا كله اذا لم ينو شيئا غير ذلك فالمعتبر ما نواه لان النذر واليمين تتقيدان
بالنية مضافا الى مطابقة اللغة لما عينه قوله اذا نذر صلوة فاقل ما يجزيه ركعتان وقيل مسايل الصلوة
ركعة وهو حسن ؛ القول بوجوب ركعتين فصاعدا للشيخ في المبسوط والخلاف نظرا الى
انها اقل الصلوة المعهودة الغالبة والركعة نادرة اذ لم تشرع الا في الوتر وقد روى ابن
مسعود ان النبي صلى الله عليه وآله نهى عن الركعة البترا يعني الركعة الواحدة والقول
باجزاء واحدة لابن ادريس واستحسنه المص وجماعة للتعبد بها شرعا وربما بني
الخلاف على ما تقدم من ان المعتبر هل هو اقل واجب او اقل صحيح فعلى الاول الاول
وعلى الثاني الثاني ويتفرع على ذلك ايضا وجوب الصلوة قايما او يجوز ولو جالسا
لجوازه في النافلة دون الواجبة اختيارا او وجوب السورة عند من اوجبها في الواجبة
الى غير ذلك من الجهات التي يفترق فيها الواجب والصحيح مطلقا وكذا الكلام في
صلوتها على الراحلة والى غير القبلة راكبا او ماشيا ولو صرح في نذره او نوى احد هذه
الوجوه المشروعة فلا اشكال في الانعقاد وفي جواز العدول الى الاعلى الوجهان
ولا جود اتباع القيد المنذور مطلقا ويستفاد من قوله فاقل ما يجزيه ركعتان انه لو
صلى ازيد من ركعتين صح وهو كذلك مع اتيانه بهيئة مشروعة في الواجب والندب
على الوجهين كالثلاث والاربع بتشهدين وتسليم وربما قيل انه لا يجزي الا ركعتان
لان المنذور نفل صار واجبا ولم يتعبد بالنوافل الا بالركعتين غير ما نص عليه وهو
ضعيف جدا لمنع المتقدمتين ولو فصل بين الا زيد من الركعتين بالتسليم ففي شرعيته

مابعد

٧

مابعد الركعتين بنية النذر وجهان من سقوط الفرض بالركعتين فلا وجه للوجوب ومن
جواز كونه الواجب امرا كليا ودخول بعض افراده في بعض لا يخرج الزايد عن ان يكون
فردا للكلي وان جاز تركه كما في الركعتين والاربع في مواضع التخيير ومثله الكلام في التسبيحات
المتعدده في الاخيرتين والركوع والسجود وهذا يتجه مع قصد الزايد ابتداء قوله وكذا
لو نذر ان يفعل قربة ولم يعينها كان مخيرا ان شاء صام وان شا تصدق بشي وان شا
صلى ركعتين وقيل يجزيه ركعة ؛ القربة اسم لما يتقرب به العبد الى الله تعالى من اعمال البدن
والمال فيبر الناذر بها بالصلوة والصوم وعيادة المريض وتشييع الجنازة وافشاء السلم
والتصدق بمسماها ونحو ذلك والكلام في الصلوة المجزية هنا ما يعتبر في المنذورة بخصوصها
من كونها ركعتين والاجتزاء بركعة لان المجوز للركعة هنا يجعلها منفردة بما يتقرب بها الى
الله تعالى ومن لا يجتزي بها لا يجعلها قربة منفردة وروى مسمع بن عبد الملك عن ابي
عبد الله عليه السلم ان امير المومنين عليه السلم سئل عن رجل نذر ولم يسم شيئا قال ان شاء
صلى ركعتين وان شاء صام يوما وان شاء تصدق برغيف وهو يويد عدم الاجتزاء
بالركعة قوله ولو نذر الصلوة في مسجد معين او مكان معين من المسجد لزم لانه طاعة اما
لو نذر الصلوة في مكان لا مزية فيه للطاعة على غيره قيل لا يلزم ويجب الصلوة ويجزي ايقاعها في
كل مكان وفيه تردد ولو نذر الصلوة في وقت مخصوص لزم ؛ اجمع العلماء على ان من نذر الصلوة في
وقت مخصوص انعقد النذر وتعين الوقت فلا يجزي فعلها في غيره سواء كان اولى منه من زمان مساو ادلة
ام اعلى واختلفوا فيما لو نذر الصلوة في مكان مخصوص هل يتعين مطلقا كالوقت ام لا يتعين الا
مع المزية كالمسجد فقيل بالاول لما قررناه من لزوم المنذور وهو الصلوة بقيد المكان المخصوص
ولا شبهة في انها على هذا الوجه عبادة وان كان غيرها اعلى منها وقيل بالثاني لان المنذور
لا بد فيه من رجحان ورجحان المكان هو المزية فاذا انتفت لم يلزم القيد بالمكان وانعقد
نذر الصلوة مطلقا وجوابه ما اشرنا اليه من ان المنذور ليس هو المكان خاصة حتى يراد انه لا
رجحان فيه بل الصلوة الواقعة في المكان ولا شبهة في رجحانها فينعقد نذرها كالصلوة المنذورة
في الوقت المعين مطلقا وفرق القايلون بتعيين الوقت دون المكان بان الشرع جعل الزمان سببا
للوجوب بخلاف المكان فانه من ضرورة الفعل لا سببية فيه ويضعف بانه لا يلزم من سببية
بعض الاوقات بنص الشارع في بعض الصلوات سببية الوقت الذي يعينه الناذر فان هذا الوقت

المعين بالنذر ليس سببًا في وجوب المنذور مطلقا وانما سببه النذر والزمان والمكان امران
عارضان مطلقهما من ضرورات الفعل ومعينهما بتعيين الناذر فاى رابطة بين سببية الوقت
للصلوة الواصل بالاصل وبين الوقت الذى هو بتعيين الناذر واجيب بان السببية فى او
حاصلة وان كان ذلك بالنذر لانا لا نعنى بالسببية الا توجه الخطاب الى المكلف عند حضور
الوقت وهو حاصل هنا ولا يتصور مثل ذلك فى المكان الا تبعا للزمان وفيه نظر لان الوقت
المعين بالنذر اذا كان مطلقا كيوم الجمعة فتوجه الخطاب الى الناذر بالفعل عند دخول الجمعة
ليس على وجه التعيين بل الامر فيه كالنذر المطلق بالنسبة الى العمر غايته ان هذا مختص بالجمع
الواقعة فى العمر فتوجه الخطاب فيه على حد توجهه على تقدير تعيين المكان من دون
الزمان بل هنا اقوى لان الخطاب متوجه اليه بسبب صيغة النذر فى ان يودى الفعل
فى ذلك المكان ويسعى فى تحصيله القدرة عليه تحصيلها كل وقت بحسب ذاته وان امتنع
بحسب امر عارض على بعض الوجوه بخلاف الزمان فانه لا قدرة على تحصيله وهما مشتركان
فى اصل تقييد العبادة المنذورة بهما فيجب تحصيلها كل وقت على الوجه الذى عينه عملا
بعموم الاوامر الدالة على الوفا بالنذر على وجهه اذ العبادة الخارجة عن قيدهما غير
منذورة وانما المنذورة العبادة فى ضمن القيد اذا تقرر ذلك فان قلنا بتعيين ذى
المزية خاصة لم يصح له العدول الى ما دونه ولا الى المساوية قطعا وهل ينعقد بالنسبة
الى ما فوقه فيه وجهان نعم لانه مامور بايقاعها فيه والامر بالشى يستلزم النهى عن ضده
والحصولان متضادان لتضاد الاكوان والنهى فى العبادة مفسد وقيل لا بل يجوز العدول
الى الاعلى لان نسبة ذى المزية الى الاعلى كنسبة ما لا مزية فيه اليه والتقدير انا قد جوزنا العدول
عما لا مزية فيه اليه والتقدير انا قد جوزنا العدول عما لا مزية فيه فكذا هنا واجيب
عن الاول بانه ان اراد بالامر بايقاعها فيه مطلقا فهو عين المتنازع وان اراد فى حال
مالم يدل على مطلوبهم وعن الثانى بمنع اتحاد السببين لانه فى المتنازع منعقد فى الجملة
واما ما لا مزية فيه لا ينعقد عندهم اصلا والحق ان النذر يتعلق بالصلوة مشخصة
بالكون المخصوص مستجمعًا الشرايط فلا وجه للعدول عن مقتضاه ودعوى ان
المكان على هذا الوجه كالمباح فلا ينعقد نذره قد بينا فساده فان المنذور ليس هو
المكان وانما هو العبادة مشخصة به وهى بدونه غير منذورة ولا مقصودة اصلا فظهر

ترجيح

مسائل العتق

ترجيح عدم اجزا فعلها فى غيره مطلقا قوله اذا نذر عتق عبد مسلم لزم النذر ولو
نذر عتق كافر غير معين لم ينعقد وفى المعين خلاف والاشبه انه لا يلزم لا اشكال
فى صحة نذر عتق المسلم لانه من الطاعات المأثورة والعبادات المهمة والثواب
عليه عتق كل عضو من المعتق بعضو منه وذهب الشيخان فى المقنعة وكتابى الاخبار
والمرتضى والاتباع وابن ادريس والمص رحمهم الله الى المنع من عتقه مطلقا
للتحريم فيفسد لانه عبادة فتقع كذلك ولان الكافر لا قربة فى عتقه فلا ينعقد
نذره اذ لا عتق الا ما اريد به وجه الله والقول بصحة نذر عتق الكافر المعين
للشيخ فى النهاية محتجا عليه برواية الحسن ابن صالح ان عليا عليه السلم اعتق
عبدا له نصرانيا فاسلم حين اعتقه بحملها على ما نذره عتقه جمعا بذلك بينها
وبين رواية سيف بن عميرة انه سال الصادق عليه السلم يجوز للمسلم ان يعتق
مملوكا مشركا قال لا بحمل الاولى على النذر والثانية على عدمه ولما كانت رواية الجواز
دالة على كافر معين حمله مضافا الى ان عتق المعين يرجى به اسلامه بخلاف
المطلق ولا يخفى عليك ضعف هذه الادلة خصوصا دليل النذر اذ لا اشعار فى
الروايات بالنذر اصلا وراسا والجمع بينها مع انه لا حاجة اليه لضعف السند
ممكن بدون ذلك اذ لا يلزم من المنع من عتق المشرك المنع من عتق الكافر
مطلقا واية انفاق الخبيث لا تدل على النهى عن عتق الكافر بوجه اما لاختصاصها
بالصدقة الواجبة كما ذكره المفسرون او لان عتقه انفاق لما لا يترك المعتقد
الخبث وح فلا مانع من عتقه فيصح نذره وقد تقدم البحث فى ذلك محررا
فى كتاب العتق واعلم ان ظاهر عبارة المص وغيره يقتضى انه لا خلاف فى عدم
صحة نذر غير المعين وانما الخلاف فى المعين فكان وجهه ان غير المعين
لا يتصور القربة فيه بل وصف المنذور المطلق بالكفر يشعر بعلية الوصف فى
الحكم وهو مناف للقربة لانه بمنزلة صلته لكونه كافرا لا ريب فى تحريمه بخلاف المعين
فانه قد تحصل من خصوصيات بعض الاشخاص ما يوجب ظن صلاحيته
بالعتق كما اتفق لمن اعتقه على عليه السلم فيتجه قصد القربة فيه مضافا الى
ان الحامل على صحة نذر عتق الكافر المعين الرواية التى نزلها الشيخ على

النذر فكان تخصيص الخلاف به لذلك ولمانع ان يمنع من عدم امكان قرض
القربه فى الكافر المطلق ومن عدم امكان استلامه ومن خروجه من عموم ادلة
جواز النذر ووجوب الوفا به وصحة العتق لقصور ما استدلوا به على اخراجه
من الحكم قوله ولو نذر عتق رقبة اجزائه الكبيره والصغيره والصحيحه
والصحيحة والمعيبه اذا لم يكن العيب موجبا للعتق : اسم الرقبة يتناول
جميع ما ذكر وكذلك يتناول الذكر والانثى ويختص بتمام الشخص فلا يجزى
المبعض لعدم صدق اسم الرقبة على المبعض لغة ولا عرفا وتقييد المعيب
بما اذا لم يكن المعيب موجبا للعتق كالمستغنى عنه لان العيب الموجب للعتق
يحكم معه بالعتق قبل ان يعتق عن النذر والبحث فى النذر عن عتق الرقيق لا
عتق الحر وليس بين الحكم بكونه معيبا وبين انعتاقه ان يحكم فيه بعتق بعده
جواز عتقه عن النذر قوله ومن نذر ان لا يبيع مملوكا لزمه النذر وان اضطر الى بيعه
قيل لم يجز والوجه الجواز مع الضروره : القول بعدم جواز بيعه وان اضطر اليه
الشيخ فى النهايه وتبعه تلميذه القاضى استنادا الى رواية الحسن ابن على وهو الوشا
عن ابى الحسن عليه السلم قال قلت ان جارية ليس لها منى مكان ولا ناحية وهى
تحتمل الثمن الا انى كنت حلفت منها بيمين فقلت لله على ان لا ابيعها ابدا ولى الى
ثمنها حاجة مع تخفيف المونه فقال فلله بقولك له وفى الرواية مع قطع النظر عن
سندها قصورها عن الدلالة فان الحاجة الى ثمنها قد لا تبلغ حد الاضطرار
اليه مع فرض قوله لا مكان لها مع خفة المونه على ضعف الحاجة وكيف كان فالاقوى
على ما اتفق عليه من القاعده المقرره فى ان النذر واليمين لا ينعقدان مع كون
خلافهما ارجح فى الدين او الدنيا ولا مخصوص لهذه القاعدة المتفق عليها الا والمخصص م
هذه الروايه فالقول بالجواز هو الصحيح وعليه سائر المتاخرين قوله ولو نذر عتق
كل عبد قديم لزمه اعتاق من مضى عليه فى ستة اشهر : هذا الحكم مشهور بين الاصحاب
لا يعلم فيه مخالف وربما كان اجماعا وهو مروى من طريق ضعيف عن الرضا عليه السلم
وقد تقدم البحث فيه فى كتاب العتق والحكم مختص بعتق المملوك فلو نذر الصدقه
بالمال القديم ونحوه لكن رجع فيه الى العرف قوله اذا نذر ان يتصدق واقتصر لزمه

ما يسمى

9

ما يسمى صدقة وان قل ولو تعذر تعين اسم الصدقة : قدره يتناول القليل والكثير
من المال فيكتفى مع اطلاقها بما يعد صدقة ولا يجزى الكلمة الطيبة وتسميتها صدقة
فى الاخبار مجاز وقد تقدم الكلام فيه والتنبيه على من خالف ولا اشكال فى تعيين
القدر لو عينه فى النذر قوله ولو قال بمال كثير كان ثمانين درهما : مستند الحكم رواية
ابى بكر الحضرمى قال كنت عند ابى عبد الله عليه السلم فسالته عن رجل مرض فنذر
لله شكرا ان عافاه الله ان يتصدق من ماله بشى كثير ولم يسم شيئا فما تقول قال
يتصدق بثمانين درهما فانه يجزيه وذلك فى كتاب الله اذ يقول لنبيه لقد نصركم
الله فى مواطن كثيره الكثيره فى كتاب الله ثمانين وروى عن الهادى عليه السلم
بطريق مرسل انه فسره للمتوكل فى واقعة معللا بالمواطن ايضا والحكم مختص بالنذر
فلا يتعدى الى غيره من الاقرار والوصايا ونحوها وقوفا فيما خالف الاصل على
موضع ورده وقد تقدم الكلام على ذلك فى البابين والمراد بالدراهم المحمول عليها ايضا
الشرعية لان ذلك هو المراد عند اطلاق الشارع لها ويحتمل الحمل على المعهود
فى المعاملة حال وقت النذر ورددها ابن ادريس الى ما يتعامل به دراهم كانت ام دنانير المعاملة م
وهو شاذ هذا كله مع الاطلاق اما لو قصد نوعا فلا اشكال فى تعيينه والحكم
مقصور على نذر الشى الكثير كما هو مورد الروايه وفى معناه اولى منه نذر
دراهم كثيره وفى الروايه المرسله جعل مورد النذر المال كما فرضه المص وجماعة
وفى تعديه الى غير ذلك كما لو نذر ان يتصدق بثياب كثيرة وجهان من خروجه او دنانير كثيرة
عن مورد النص المخالف للاصل ومن ان الكثرة اذا ثبتت مقدره بشى ثبت فيما
ناسبه خصوصا على ما يشعر به التعليل فانه يدل على اطلاق الكثيرة بذلك العدد و
دعوى ان ذلك تقدير شرعى وهو مقدم عليهما فى موضع المنع والمستند من غير الاجماع
لا يخلوا من قصور وان كانت الرواية الاولى قريب الامر قوله ولو قال خطير او جليل
فسره بما اراد ومع تعذر التفسير بالموت يرجع الى الولى : هذا الوصف وان كان دالا
عرفا على زيادة على المتمول الا انه قابل للتاويل بان المال خطير فى نفسه شرعا الترتيب لكثير
على مستحل القليل منه وقطع اليد التى قيمتها خمسمايه دينار بربع دينار وغير ذلك فرجع

اليه فى التفسير كما تقدم بحثه فى الاقرار لكن هنا له ان يفسر اراده وان لم يكن قصده شيئا
حالة النذر بخلاف الاقرار فان الواجب عليه تفسيره بما يوجب براءة ذمته بحيث يكون
موافقا للواقع ولو مات قبل التعيين قام الولى وهو الوارث مقامه فى التعيين بمعنى ان له
احداث التعيين والصدقة بما اراد وان لم يعلم مراد المورث لان الواجب فى ذمة المورث
امر كلى فيتادى بما يختاره الوارث كما يتادى بما يختاره المورث وكان كما لو نذر الصدقة
بمال واطلق ولو كان الناذر قد اقر انه قصد شيئا معينا فلا اشكال فى لزومه فى حق
الوارث قوله ولو نذر الصدقة فى موضع معين وجب ولو صرفها فى غيره اعاد الصدقة
بمثلها فيه اطلاقه يقتضى عدم الفرق بين ما اذا اشتمل المكان على المزية وعدمه والامر
فيه كذلك والفرق بين الصدقة والصلوة والصيام ان الغرض من الصدقة فى المكان
المعين الصدقة على اهله فيكون تعيين المكان فى قوة تعيين المتصدق عليه
فلا يصح العدول عنه وان كان غيره افضل منه كما لو نذر الصدقة على شخص معين ابتدا
فانه لا يجوز العدول عنه الى غيره بخلاف الصلاة والصيام فان العبادة امر واحد
فى نفسها وانما تتفاضل بالزمان والمكان فاذا نذرها فى مكان لا مزية فيه فكانه قد نذرها
بوصف مباح او مرجوح فلا ينعقد على ما تقرر وان كان التحقيق تقتضى كونه متعلق
النذر فى الجميع امرا راجحا وهو الصلوة المخصوصة والصوم المخصوص والصدقة
كذلك ولا بد من مراعاة المكان فى الصدقة زيادة على اهله فلا يكفى الصدقة على اهله فى غيره
على الاصح لان المنذور هو الصدقة عليهم فى المكان لا مطلقا ... على القول الاخر
من عدم تعيين المكان مع عدم المزية او مطلقا احتمال عدم اعتبارها هنا ايضا
اذا صرف المنذور على اهله بان خرجوا من المكان فدفعه اليهم خارجه نظرا
الى ان العبادة المقصودة هى الصدقة عليهم وقد حصل عدم تعيين المكان مع
عدم المزية كتعيين المكان للصلوة كذلك وهو ضعيف بما اشرنا اليه ثم على تقدير صرفه
فى غيره عليهم او على غيرهم لا يقع مجزيا فيجب اعادته فيه بمثله ثم ان كان معينا
كفر والا فلا ومحل الصدقة اهل ذلك المكان ومن حضرهم وفى اعتبار فقرهم
وجهان اجودهما العدم ولا اشكال لو قصد التعميم او التخصيص قوله ومن نذر ان

يتصدق

يتصدق بجميع ما يملكه لزمه النذر فان خاف الضرر قوم ماله وتصدق اولا حتى يعلم انه
قام بقدره ما لزم وقد عرفت ان من شرط المنذور كونه طاعة فلو كان مرجوحا لم ينعقد
ولازم هذا ان من نذر ان يتصدق بجميع ماله يلزمه منه ما لا يضر بحاله فى الدين ولا
فى الدنيا وما اضر به او كان تركه الصدقة به اولى لم ينعقد نذره ولكن قد حكم المصنف والجماعة
بان من نذر ان يتصدق بجميع ما يملكه لزم نذره مطلقا وان لم يخف ضررا من الصدقة
به وان خاف الضرر قوم ماله وجاز له التصرف فيه والانتفاع به وضمن قيمته فى ذمته
ثم يتصدق به على التدريج الى ان يتم والمستند صحيحة محمد بن يحيى قال كنا عند ابى عبد الله عليه السلام
جماعة اذ دخل عليه رجل من موالى ابى جعفر عليه السلام ثم جلس وبكى ثم قال له جعلت فداك
انى كنت اعطيت الله عهدا ان عافانى الله من شئ كنت اخافه على نفسى ان اتصدق بجميع
ما املك وان الله قد عافانى منه وقد حولت عيالى من منزلى الى قبة فى خراب الانصار وقد
حملت كلما املك فها انا بايع دارى وجميع ما املك واتصدق به فقال له ابو عبد الله عليه السلام انطلق
وقوم منزلك وجميع متاعك وما تملك بقيمة عادلة واعرف ذلك ثم اعمد الى صحيفة بيضاء فاكتب
فيها جملة ما قومته ثم انطلق الى اوثق الناس فى نفسك وادفع اليه الصحيفة واوصه ومره ان حدث
بك حدث الموت ان يبيع منزلك وجميع ما تملك فيتصدق به عنك ثم ارجع الى منزلك على ما كنت
فيه وكل انت وعيالك مثل ما كنت تاكل ثم انظر كل شئ تصدق به فيما تستقبل من صدقة او صلة
قرابة او فى وجوه البر فاكتب ذلك كله واحصه فاذا كان راس السنة فانطلق الى الرجل الذى
ثم افعل ذلك فى كل سنة حتى يفى لله بجميع ما نذرت فيه ويبقى لك منزلك ومالك ان شاء الله فقال
الرجل ... يا رسول الله جعلنى الله فداك وهذا الخبر كما ترى ظاهر فى حصول
الضرر على الناذر بالصدقة بجميع ماله ولم يحكم له عليه السلم ببطلان النذر بشئ منه وانما دفع
عنه الضرر بتقويمه على نفسه والصدقة به على التدريج وهذا حكم خارج عن قاعدة النذر الا
انه لا سبيل الى رده فى موضع النص لصحة طريقه وتلقى الاصحاب له بالقبول فلا يحل الصدقة
بما لا تضره الصدقة به عاجلا ولا يبطل النذر فيما يضره الصدقة بعينه اذ لا يدفع الضرر بتقويمه
والصدقة بالقيمة لكن يبقى الكلام فيما خرج عن النص كما لو لم يكن نذر الصدقة بجميع ماله بل
ببعضه وكان الاولى خلافه والضرر يندفع بتقويمه لعمله كما فى الرواية ام يبطل النذر وجهان من
مشاركة المنصوص فى المقتضى وكون كل فرد من افراد ماله على تقدير نذر الجميع منذور الصدقة

لزمه ان يتصدق

وصية اليه فره ان يخرج الصحيفة ثم اليه ليكتب جملة ما يتصدق به وما خرجت منه صلة قرابة او ابن فى تلك السنة

فهل

ولم ينظر الى حاده وانما نظر الى المجموع ورجع فيه الى التقويم ومن خروجه عن الاصل فيقتصر فيه
على مورده ولا يلزم من الحكم فى الجميع الحكم فى الابعاض لانهما غيران وهذا اجود واما ما
قيل من الاشكال على انعقاد هذا النذر من حيث ان الصدقة بجميع المال مكروه وهو كما حقق
فى بابه والمكروه لا ينعقد نذره وقد قال صلى الله عليه وآله خير الصدقة ما ابقت غنى
وان قوله ان يتصدق بجميع ما يملكه وقع الفعل فيه بصيغة المستقبل فيشمل المتجدد
ويلزم منه كون لحوق الضرر وعدم التخلص منه بالتقويم ظاهر فيما يملكه حال
النذر والصيغة لا تدل عليه وان المعدول الى التقويم لدفع الضرر وهو ينافى انعقاد
النذر فرجع الفرع على اصله بالابطال فجوابه ان المكروه هنا مكروه العبادة والرجحان
معها متحقق وانما غايتها نقصان ثوابها عن غير المكروه فلا ينافى انعقاده نذره لانه عبادة
راجحة فى الجملة واما صيغة تملكه فهى كما تصلح للاستقبال تصلح للحال فهى مشتركة بينهما
والمشترك لا يستعمل فى معنييه حقيقة بل فى احدهما بالقرينة وهى هنا موجودة على ارادة
الحال بل صريحة فيه بدليل التقويم الذى لا يمكن فرضه فى المستقبل من المال واما كون الضرر مانعاً
من انعقاد النذر فحق حيث يمكن دفعه بوجه وهنا امكن دفعه بالتقويم فبقى رجحان الصدقة
لا مانع منه وقد ورد به النص الصحيح فتعين القول به واطلاق النص يقتضى عدم وجوب تعجيل
الصدقة بعين ما لا يضر بل يكتفى بتدريجها على هذا التقدير مطلقا وظاهر الفتاوى مبنية عليه
وفى بعضها تصريح به ولو قيل بوجوب تعجيل ما لا يضره من غير تقويم كان حسنا لان فيه جمعا بين
ما اطلق من النص هنا وبين القواعد المقررة المتفق عليها فى غيره قوله ومن نذر ان يخرج شيئاً من
ماله فى سبيل الخير تصدق به على فقراء المؤمنين او فى حج او زيارة او فى شئ من مصالح المسلمين
السبيل لغة الطريق والمراد به هنا ما كان وصله الى الخير والثواب وطريقا اليه من انواع القربات
كالصدقة على الفقراء ومعونة الحاج والزائر والغازى وطالب العلم وعمارة مسجد او
مدرسة او رباطا ونحو ذلك من وجوه القرب وحصر الشيخ سبيل الخير فى الفقراء والمساكين
وابن السبيل والغارمين لمصلحة والمكاتبين وجعل سبيل الثواب الفقراء والمساكين
ويبدأ باقاربه وسبيل الله الغزاة والحج والعمرة والاقوى اشتراك الثلاثة فى تناول كل قربة
الا ان يقصد الناذر غير ذلك قوله اذا نذر ان يهدى بدنة انصرف الاطلاق
الى الكعبة لانه الاستعمال الظاهر فى عرف الشرع ولو نوى منى لزم

مسايل الهدى

دو

11

لا يحرم فلا يكون موليا عندنا لانه لا يتعلق به لزوم شئ ولا يلحقه به ضرر اذا تقرر ذلك فاذا كان تحته
اربع نسوة فقال والله لا وطئتكن فالكلام فيه يتعلق باليمين والحنث ثم الايلاء اما الاول فمتعلق
اليمين جماعهن جميعا لان اليمين مقصودة على الكل من حيث هو كل ومحصل حلفه ان لا يجمعهن فى الوطء
فاذا وطأهن لم يلزمه الا كفارة واحدة ومعناها سلب العموم فى وطيهن لا عموم السلب وعلى هذا فلو مات
بعضهن قبل الوطء انحلت اليمين لانه تحقق امتناع الحنث ولا ينظر الى تصور الايلاج بعد الموت فان اسم
الوطء يطلق على ما يقع فى الحيوة وفيه وجه ان الحنث يتعلق بوطء الميتة ايضا ومن ثم تثبت العقوبة على
وطء الميتة والحق انه مجاز لعدم تبادر الذهن اليه عند الاطلاق والعقوبة عليه لا تدل على الحقيقة بل هى
على الفعل المحرم كيف كان ولو طلقهن او بعضهن قبل الوطء لم تنحل اليمين بل يجب الكفارة بالوطء بعد البينونة
وان كان زنا لان الاسم يشتمل على الحلال والحرام ويمكن فرضه فى الحلال بالشبهة والمراد بثبوت الكفارة فى هذه الحالة على
تقدير وطء الباقية فى النكاح مع وطيهن لتحقق الحنث وهو الحلف على وطء الزوجة لان الايلاء يبقى متعلقا
بهن لما تقدم من ان الطلاق البائن يبطل اليمين واما الثانى وهو الايلاء فقد حكم المص بانه لا يحصل فى الحال بل يحرزه
وطء ثلث منهن فاذا وطأهن صار موليا من الرابعة وتقرب الوطء للواحدة والاثنين الى الحنث لا يوجب حصول
الايلاء كما هو فى المسئلة وجه ضعيف انه يكون موليا منهن كلهن من حيث ان وطء كل واحدة مقرب للحنث وقد منع
نفسه من وطيهن باليمين بالله تعالى فكان موليا كما لو قال لا اطأ واحدة منكن وفيه انه يمكنه من وطء كل واحدة منهن
بغير حنث يدل على عدم تأثير يمينه قبل وطء الثلث وهو معنى قولنا انه غير مولى فى الحال ولهذه المسئلة صور
ثلث احدها هذه والباقيات بائنات قوله ولو قال لا وطيت واحدة منكن تعلق الايلاء بالجميع وضربت المدة
لهن عاجلا ~~نعم لو وطى واحدة منكن تعلق الايلاء بالجميع وضربت المدة لهن عاجلا~~ نعم لو وطى واحدة حنث وانحلت
اليمين فى البواقى ولو طلق واحدة او اثنتين او ثلثا كان الايلاء ثابتا فيمن بقى ولو قال اردت
واحدة معينة قبل قوله لانه ابصر بنيته هذه هى الصورة الثانية من صور المسئلة وهى ما اذا قال للاربع
والله لا وطيت واحدة منكن ولها احوال ثلثة احدها ان يريد الامتناع عن كل واحدة منهن فيكون موليا
عنهن جميعا وليس التعميم هنا كالتعميم فى قوله والله لا اجامعكن لان اللفظ هناك تناول كلهن ولا يحصل الحنث
بجماع بعضهن وههنا اليمين يتعلق باحادهن وينزل على كل واحدة منهن على البدل فيكون موليا منهن جميعا
لتعلق الكفارة بوطء اية واحدة منهن وطيها لان قوله لا وطيت واحدة نقيض قوله وطيت واحدة التى هى
موجبة جزئية او فى قوتها فيكون نقيضها سالبة كلية فتفيد عموم السلب لا سلب العموم على السابقة ولهن المطالبة
بعد المدة فان طلق بعضهن بقى الايلاء فى حق الباقيات وان وطى حصل الحنث لانه خالف قوله لا اجامع واحدة

بعضهن م

منكن فتنحل اليمين ويرتفع الايلاء في حق الباقيات الثانية ان يريد الامتناع عن واحدة منهن لا غير فيقبل
قوله لاحتمال اللفظ ويحتمل عدم القبول لان اللفظ يقع على كل واحدة على البدل وهو متهم في اخراج بعضهن
عن موجب اللفظ ويضعف بانه عرف بنيته مع احتمال اللفظ لما ادعاه ثم لا يخلو اما ان يريد واحدة بعينها
او واحدة غير معينة فان اراد الاول فهو مولى عنها ويؤمر بالبيان كما في الطلاق واذا بين واحدة فان صدقه
الباقيات فذاك وان ادعت غيرها انه عناها وانكر فهو المصدق بيمينه فان نكل حلفت المدعية وحكم بكونه
عنها ايضا فان اقر في جواب الثانية انه عناها واخذناه بموجب اقراره وطالبناه بالفيئة او الطلاق ولا يقبل
رجوعه عن الاول واذا وطيها في صورة اقراره تعددت الكفارة وان وطيها في صورة نكوله ويمين المدعية
لم يتعدد لان يمينها لا يصلح لالزام الكفارة عليه ولو ادعت واحدة او لا انك عينتني فقال ما عنيتك او ما اليت
عنك وبمثله اجاب ثانية وثالثة تعينت الرابعة للايلاء وان اراد واحدة غير معينة ففي كونه موليا وجهان
مثلهما طلاق المبهمة فان قلنا يؤمر بالتعيين ويكون موليا عن احديهن لا على التعيين ولو عين واحدة لم
يغيرها المنازع في كون المدة من وقت التعيين او وقت اليمين اذا جعلنا مدة الايلاء من حينه وجهان مبنيان
على ان الطلاق المبهم اذا عينه يقع عند التعيين او يستند الى اللفظ فان لم يعين ومضت اربعة اشهر فان او قفنا
الايلاء من حينه وطالبناه بالتعيين ثم الفيئة او الطلاق ولو فاء الى واحدة او اثنتين او ثلث او طلق لم يخرج
عن موجب الايلاء لاحتمال ان المولى عنها الرابعة وان قال طلقت التي اليت خرج عن موجب الايلاء لكن
المطلقة مبهمة فعليه التعيين الثالثة ان يريد تحريم كل واحدة فيقبل قوله ايضا لاحتمال ان اللفظ له لان
السلب داخل على نكرة فيفيد العموم كما مر فيقع الايلاء على كل واحدة لا على سبيل البدل وتتعدد اليمين
كما سياتي في القسم الثالث الرابعة ان يطلق اللفظ فلم ينو التعميم ولا التخصيص بواحدة وفيه وجهان
احدهما انه يحمل على التخصيص بواحدة لان اللفظ يحتمله وهو اقل المحملين وعلى هذا يكون الحكم كما لو اراد واحدة
لا بعينها واشبههما الحمل على التعميم لانه المعنى المشهور عند الاطلاق والاستعمال ولذلك يقال النكرة عند النفي تعم
واصالة الاباحة وحدوث التحريم بسبب الايلاء الذي لا يعلم وجوده قد انتفى بوجود اللفظ الظاهر في معناه
العام قوله ولو قال لا وطيت كل واحدة منكن كان موليا من كل واحدة كما لو الى من كل واحدة منفردة وكل
من طلقها فقد وفاها حقها ولم ينحل اليمين في البواقي وكذا لو وطاها قبل الطلاق لزمته الكفارة وكان الايلاء
في البواقي باقيا هذه هي الصورة الثالثة ومن ان يقول لنسوة الاربع لا وطيت كل واحدة منكن فقد ذكر المص
وغيره انه يكون موليا عنهن جميعا لتعلق المحذور بوطء كل واحدة منهن وهو الحنث ولزوم الكفارة ويضرب
المدة في الحال فاذا مضت فلكل واحدة منهن مطالبته بالفيئة او الطلاق فان طلقهن سقطت المطالبة وان طلق بعضهن

عنهاه

فالباقيات على مطالبتهن وان وطي على واحدة فالمشهور ان اليمين لا ينحل لان هذه الصيغة في قوة اليمين المتعددة
قوله فان قال لا اجامع كل واحدة لا يتضمن تخصيص كل واحدة بالايلاء على وجه لا يتعلق بصواحباتها حتى افرد
كل واحدة بيمين كان تقديره فايلاء والله لا اجامع هذه والله لا اجامع هذه الى اخرهن ولو قيل بانحلال اليمين
لانها على واحدة كما لو قال والله لا اجامع واحدة منكن كان وجها لاشتراكهما في العموم وان كانت
هذه اكد عموما ويجري الكلام فيما لو قال والله لا كلمت كل واحد من هذين الرجلين ونظاير هذا
جملة ما اورده في هذه الصورة ويمكن ان يقال هنا كما قيل في السابقة من انه ان قصد بقوله لا اجامع
كل واحدة المعنى الذي قرروه اتجه بقاء الايلاء في حق الباقيات والا كان الحكم فيها كالحكم فيما اذا قال والله لا اجامعكن
فلا يحصل الحنث ولا يلزم الكفارة الا بوطء الجميع ولا يكون موليا في الحال ما قررناه لوجهين احدهما
انه اذا وطي بعضهن كالواحدة مثلا صدق ان يقال انه لم يطا كل واحدة منهن وانما وطا واحدة منهن
كما يصدق انه لم يطاهن وانما وطي احداهن وذلك يدل على ان مفهوم اللفظين واحد والثاني ان قول
القائل طلقت نسائي وقوله طلقت كل واحدة من نسائي بزيادة معنى واحد واذا اتحد معناهما
في طرف الاثبات فكذلك في طرف النفي فيكون قوله لا اجامع كل واحدة منكن معنى قوله لا اجامعكن خصوصا
على ما ذكره الشيخ عبد القاهر ومن تبعه من ان كل كلمة في النفي اذا دخلت في حيزه بان قدم عليها لفظا كله
كقوله ما كل ما يتمنى المرء يدركه وقولنا ما جاء القوم كلهم وما جاء كل القوم او تقديرا بان قدمت على الفعل
المنفي واعمل فيها لان العامل رتبته التقدم على المعمول كقولك كل الدراهم لم اخذ توجه النفي الى الشمول خاصة
دون اصل الفعل وافاد الكلام ثبوته لبعض وتعلقه ببعض وفي هذا المقام بحث وله جواب لا يليق بهذا المحل
قوله اذا الى من الرجعية ويحسب زمان العدة من المدة ولو طلقها رجعيا بعد الايلاء وراجع فقد تكرر صح ص
ان المطلقة رجعيا بمنزلة الزوجة فيقع فيها كل ايلاء كما يقع بالزوجة ثم ان قلنا ان المدة تضرب من حين
الايلاء وان لم ترافعه الزوجة احتسب زمان العدة من المدة وان قلنا لها من حين المرافعة لا لها لا تستحق فليس للمطلقة المرافعة
عليها الاستمتاع فلا يحتسب منها شي من العدة بل ان راجعها فرافعته ضربت لها المدة حينئذ ولو طلقها
بعد الايلاء طلاقا رجعيا فمقتضى كلام المص رحمه الله ان المدة لا تنقطع بل يحتسب زمان العدة من المدة
فان راجع طولب باحد الامرين مع انقضائها ووجهه انه وان كانت الزوجية قد اختلت الا انه متمكن من
الوطء بالرجعة فلا يكون الطلاق عذرا كالردة وان افترقا بان النكاح معها لا يتحرم والطلاق بالردة
لا ينهدم لان هذا الفرق لا يوجب اختلاف الحكم لاشتراكهما في التمكن من الوطء وازالة المانع من قبل الزوج
والشيخ منع من احتساب المدة فيها محتجا بان الطلاق رفع النكاح واجراها الى البينونة بمعنى انها

بعد انقضائها في العدة في زمان يقتضي مضيه البينونة فلا يجوز احتساب هذه المدة من مدة تقتضي
مضيها المطالبة بالوطء وهو زمان التربص لتضاد الاثرين المقتضي لتضاد المؤثرين وكذا
الردة ووافقه في التحرير على هذا فيها وانه ان راجع ضربت له مدة اخرى ووقف عند
انقضائها فان فاء او طلق وفى وان راجع ضربت له اخرى ووقف بعد انقضائها وكذا قوله
المصنف لا يخلو من قوة **قوله** لا تتكرر الكفارة بتكرر اليمين سواء قصد التاكيد او قصد
بالثانية غير ما قصد بالاولى اذا كان الزمان واحدا نعم لو قال والله لا الميتك خمسة اشهر
~~فاذا انقضت فوالله لا وطيتك خمسة اشهر~~ فاذا انقضت فوالله لا وطيتك سنة فهما ايلاءان ولها المرافعة
لضرب مدة التربص عقيب اليمين ولو رافعته فماطل حتى انقضت خمسة اشهر فقد انحلت
اليمين قال الشيخ ويدخل في وقت الايلاء الثاني وفيه بطلان الثاني لتعليقه على الصفة — وجه
على ما قررناه لا اشكال في عدم تكرار الكفارة بتكرر اليمين اذا قصد التاكيد بما عدا الاول
اما اذا اطلق او قصد التاسيس فظاهر الاصحاب كذلك لصدق مع تعدد اليمين فيكفيه كفارة واحدة
ولا يخلو من اشكال خصوصا مع قصد التاسيس فان كل واحد سبب مستقل في ايجاب الكفارة والاصل
عدم التداخل والبحث ان في مطلق اليمين لاشتراكهما في المقتضي هذا اذا اتحد زمان المحلوف
عليه اما مطلقا او مقيدا كان قال والله لا وطيتك وقال والله لا وطيتك خمسة والله لا وطيتك — والله لا وطيتك
خمسة اشهر مثلا اما اذا اختلف زمان اليمين كما لو قال والله لا وطيتك خمسة اشهر فاذا انقضت
فوالله لا وطيتك سنة فقد اتى بيمينين كل واحدة منهما تشتمل على مدة الايلاء لكن الاولى منجزة
والثانية معلقة على ضعفه فان نقل بصحة المعلق اختص البحث بالاول وان جوزناه فلها المطالبة
بعد مضي اربعة اشهر بموجب اليمين الاول ان قلنا ان المدة من حين الايلاء والا فلها المرافعة
لضرب المدة فان بقي منها بعد ضربها ما يزيد عن اربعة اشهر الزم باحد الامرين بعدها للاول
واذا اخرت المطالبة حتى مضى الشهر الخامس فلا مطالبة بموجب تلك اليمين لانحلالها وان
طالبته في الخامس او ضربت المدة من الاول فان فاء اليها في الخامس خرج عن موجب الايلاء
الاول فاذا انقضى الشهر الخامس استؤنفت مدة الايلاء الثاني فان طلق سقطت عنه المطالبة
في الحال فان راجعها في الشهر الخامس على ان الطلاق الرجعي هل يقطع المدة ام لا فان لم نقل
بقطعها فالحكم كما سبق والا ضربت المدة للايلاء الثاني عند دخوله ولو وطئها بعد الرجعة
في باقي الشهر انحلت اليمين الاولى وبقيت الثانية وكذا لو طلق بائنا لان الطلاق

البائن

البائن انما يحل الايلاء الحاصل المتوقع ولو عقد اليمينين على مدتين تدخل احديهما في الاخرى
كما اذا قال والله لا اجامعك خمسة اشهر ثم قال والله لا اجامعك سنة فاذا مضت اربعة
اشهر فلها مطالبته فان فاءت انحلت اليمينان واذا اوجبنا الكفارة فالواجب كفارة
واحدة وكفارتان على ما سبق وان طلقها ثم راجعها او جدد نكاحها فان بقي من السنة
اربعة اشهر او اقل لم يعد الايلاء وبقي اليمين وان بقي اكثر من اربعة اشهر ولم نقل ببطلان
المدة عاد الايلاء بالرجعة وفي تجديد ما سبق ولو قال فاذا مضت الخمسة فوالله لا اجامعك
كان موليا بعد الخمسة دائما واتى فيه ما ذكرناه **قوله** اذا قال والله لا اصبتك سنة
الا مرة لم يكن موليا في الحال لان له الوطء من غير تكفير ولو وطئ وقع الايلاء ثم ينظر
فان تخلف من المدة قدر التربص فصاعدا صح وكان لها المواقعة وان كان دون ذلك بطل حكم
الايلاء اذا قال لا اجامعك سنة الا مرة لم يكن موليا في الحال عندنا لانه لا يلزمه بالوطء شيء لاستثنائه
الوطء مرة فاذا وطئها نظر ان بقي من السنة اكثر من اربعة اشهر فهو مولي من يومئذ لحصول الحنث
ولزوم الكفارة ولو وطئ وان بقي اربعة اشهر فما دونها فهو حالف ليس بمولي وعند بعض العامة
يكون موليا في الحال لان الوطئة الاولى وان لم يحصل بها الحنث فهو مقرب كما سبق مثله في حلفه
على وطء الاربع وعلى هذا القياس لو قال لا اجامعك الا عشر مرات او عدد آخر فعلى ما اخترناه لا يكون
موليا الى ان يستوفي ذلك العدد ويبقى من السنة مدة الايلاء ولو قال ان اصبتك في هذه السنة
فوالله لا اصبتك فيها او اطلق لم يكن موليا في الحال ايضا وبني وقوعه بعد الاصابة على جواز
المعلق على الشرط بخلاف الاولى والفرق بينهما انه في الصورة الاولى عقد اليمين في الحال — واستثنى وطية واحدة وههنا اليمين غير معقودة في الحال
وانما ينعقد اذا اصابها فلا يثبت الايلاء قبل انعقاد اليمين ولو قال لا اجامعك سنة
الا يوما فهو كما لو قال الا مرة **قوله** على المسئلة السابقة لو لم يطأ في السنة اصلا
هل يلزمه الكفارة وجهان نعم لان اللفظ يقتضي ان يفعل مرة لان الاستثناء من النفي اثبات — اثبات
لان المقصود باليمين اذ لا يزيد على واحدة ولو وطئ في هذه الصورة ونزع ثم اولج ثانيا لزمته
الكفارة بالايلاج الثاني لانه وطئ مجدد مع احتمال العدم مصيرا الى العرف والايلاجات
المتتابعة في العرف بعد وطية واحدة كما ان اسم الاكلة على ما يحوي به جلسة على الاعتياد — يقع

كتاب اللعان

هو لغة مصدر لاعن يلاعن
وقد يستعمل جمعا للعن وهو الطرد والابعاد وشرعا كلمات معلومة جعلت حجة

للمضطر الى قذف من لطخ فراشه والحق العار به او الى نفى وسميت لعانا لاشتمالها على
كلمة اللعن وخصت بهذه التسمية لان اللعن كلمة غريبة فى مقام الحجج من الشهادات والايمان
والشىء يشتهر بما يقع فيه من الغريب وعلى ذلك جرى معظم تسميات سور القران ولم يسم
بما سبق من الغضب لان لفظ الغضب يقع فى جانب المراة وجانب الرجل اقوى وايضا
فلعانه سبق له لعانها وقد ينفك عن لعانها او لان كلا من المتلاعنين يبعد من الآخر بها
اذ يحرم النكاح بينهما ابدا والاصل فيه قوله تعالى والذين يرمون ازواجهم الايات وسبب
نزولها ما روى عن ابن عباس رضى الله عنه ان هلال ابن امية قذف امراته عند النبى صلى الله
عليه وآله وسلم بشريك بن سحما فقال النبى صلى الله عليه وآله وسلم البينة او حد فى ظهرك
فقال يا رسول الله اذا راى احدنا على امراته رجلا ينطلق يلتمس البينة فجعل النبى صلى الله عليه وآله
يقول البينة والا حد فى ظهرك فقال هلال والذى بعثك بالحق نبيا انى لصادق ولينزلن الله تعالى
ما يبرئ ظهرى من الحد فنزل جبرئيل عليه السلم وانزل قوله تعالى والذين يرمون ازواجهم
الآيات وروى سهل بن سعد الساعدى ان عويمر العجلانى قال يا رسول الله ارايت رجلا
وجد مع امراته رجلا فقتله فيقتلونه ام كيف نفعل فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم
قد انزل فيك وفى صاحبتك فاذهب فات بها قال سهل فتلاعنا وانا مع الناس عند رسول
الله صلى الله عليه وآله وذكر ان الايات وردت فى قصة هلال وقوله فى القصة الثانية
انزل فيك وفى صاحبتك حمل على ان المراد انه بين حكم الواقعة بما انزل فى حق هلال والحكم على الواحد
حكم على الجماعة **قوله** ولا يثبت اللعان الا على من رمى الزوجة المحصنة المدخول
بها بالزنا قبلا او دبرا مع دعوى المشاهدة ولو كان له بينة فلا لعان ولا حد وكذا
لو كانت المقذوفة مشهورة بالزنا ويتفرع على اشتراط المشاهدة سقوط
اللعان فى حق الاعمى بالقذف لتعذر المشاهدة وتثبت فى حقه لنفى الولد قد ذكرنا
ان اللعان حجة شرعت للزوج من حيث انه قد يضطر الى القذف ولا يتيسر له البينة
فيحتاج الى دفع الحد عن نفسه والى الانتقام منها وهذا المعنى يقتضى اختصاصه
بالنكاح فلا لعان للاجنبى لانه لا ضرورة له فى القذف والاصل فيه مع ذلك ان الله تعالى
خص الحكم بالزوجة بقوله والذين يرمون ازواجهم والمحصنة بفتح الصاد وكسرها
والمراد بها هنا العفيفة عن وطء محرم لا يصادف ملكا وان اشتمل على عقد

لاما صادقه

١٤

لاما صادقه وان حرم كوقت الحيض والاحرام والظهار فلا يخرج به عن الاحصان وكذا وطء
الشبهة ومقدمات الوطء مطلقا وقيدها بالدخول بها مع ما سياتى من الخلاف فى هذا
الشرط للتنبيه على موضع الوفاق او على ما يختاره واشترط بدعوى المشاهدة يخرج ما اذا اطلق
او صرح بعدمها وهذا الشرط مذهب الاصحاب وبعض العامة ووجهه مع اطلاق الاية
انه شهادة به وهى مشروطة بالمشاهدة وبه اخبار كثيرة منها صحيحة الحلبى عن ابى عبد
الله عليه السلم قال اذا قذف الرجل امراته فانه لا يلاعنها حتى يقول رايت بين رجليها
رجلا يزنى بها ومثله حسنة محمد بن مسلم ويلزم من هذا الشرط ان الاعمى لو قذف زوجته
حد لعدم امكان اللعان فى حقه من حيث المشاهدة وانما يتوجه لعانه بسبب نفى الولد بامكان
علمه به دون المشاهدة واشتراط المشاهدة لو سلم يمكن حمله على من يمكن فى حقه او على جعله
كناية عن العلم بذلك وانه لا يكفى الظن المستند الى القراين له والشياع منفردا ونبه عليه
سقوط اللعان بقذف المشهورة بالزنا ويؤيده عموم قوله تعالى والذين يرمون ازواجهم
ويمكن الفرق بين الشياع المجرد وبين المنضم الى القراين المفيدة للعلم عادة فانه قد يذكره
عن ثقة فينتشر او يشنعه عدوها او له او من طمع فيها فخاب كما لا يصح القذف بمجرد القراين
بان يراها معه فى خلوة او يراه يخرج من عندها لانه ربما دخل لخوف او سرقة
او طمع بخلاف ما اجتمع الامران وانضم اليها او الى الشياع قراين افادة العلم
الا ان الاصحاب اطلقوا اشتراط المعاينة نظرا الى ظاهر النصوص وايضا
فيمكن استناده الى البينة واقرارها وذلك يسقط الحد عن الاجنبى لسقوط
الاحصان وان وجب التعزير للايذاء بتجديد ذكر الفاحشة ومقتضى
العبارة ان الزوج ليس له اسقاطه باللعان لفقد شرطه وبه صرح الشيخ
رحمه الله وتوقف العلامة فى التحرير مقتصرا على نسبته الى الشيخ
واما اشتراط عدم البينة فلظاهر قوله تعالى ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم
فان مفهومه انه لو كان له بينة لا يلاعن لامكان نفى الحد باقامتها **قوله** ولو كان
للقاذف بينة فعدل عنها الى اللعان قال فى الخلاف يصح ومنع فى المبسوط
التفاتا الى اشتراط عدم البينة فى الاية وهو الاشبه اختلف الاصحاب فى ان
اللعان هل هو مشروط بعدم البينة من قبل الزوج على الزنا ام لا فذهب

فى الخلاف والمختلف الى عدم اشتراطه للاصل ولان النبى صلعم لاعن بين عويمر العجلانى
وزوجته ولم يسلهما عن البينه فلو كان عدمها شرطا لسال وقوى فى المبسوط الاشتراط وقوى
واختاره المص والاكثر لاشتراط عدم الشهود فى الآية ولان ابن عباس رض روى فى حديث هلال
لان النبى صلعم قال البينه والاحد فى ظهرك ثم نزلت الآية فلاعن بينهما ولانه اذا نكل عن اللعان
حد فيلزم حده مع وجود البينه ولان اللعان حجة ضعيفة لانه اما شهادة لنفسه او يمين فلا يعمل بها
مع الحجة القوية وهى البينه واجابوا عن الاول بان هذه الادلة دفعت الاصل وجاز علم النبى صلعم
بالحال فلم يسئل عن البينه فان وقايع الاحوال اذا تطرق اليها الاحتمال كساها ثوب الاجمال وسقط
بها الاستدلال وفى حجة الثانى ايضا نظر لان عدم الشهداء فى الآية خرج مخرج الوصف ومفهومه
ضعيف وجاز بناؤه على الاغلب او على الواقع فى الواقعة كقوله تع ولا تقتلوا اولادكم خشية املاق ودليل
هلال وقع لدفع حد القذف والاخلاق فى انه لا يندفع بدون البينه اذا لم يلاعن ولانها ايض واقعة مخصوصة
لا تفيد انحصار الحكم فى تصريحها مضمونها وليس فيها تصريح بعدم وجود البينه لكن ظاهرها ذلك وانما يحد
اذا نكل عن اللعان اذا لم يمكنه دفع الحد بالبينة كما لو اقامها ابتداء بعد القذف ولا نسلم ان اللعان حجة ضعيفة
وان كان شهادة لنفسه لثبوتها بالنص كما يثبت حكم البينة التى يجوز كذبها وعلى كل حال فالاقوى اشتراط عدم البينه
ولو قذفها بزنا واضافه الى ما قبل النكاح فقد وجب الحد وهل له اسقاطه باللعان قال فى الخلاف لم اللعان ليس
اعتبارا بحالة الزنا وقال فى المبسوط له ذلك اعتبارا بحالة القذف وهو اشبه اذا قذف زوجته بزنا واضافه
الى زمان الزوجية او الى ما سبق عليها او مطلق وفى الاول والاخير اشكال فى ثبوت اللعان اما الوسط ففيه
قولان منشاؤهما عموم قوله تعالى والذين يرمون ازواجهم الشامل لجميع الاقسام وخصوص الواقعة التى هى
الشرعية ويضعف بان خصوص السبب لا يخصص العام ثم اختار المص من ثبوته اقوى واما التعليل
حال القذف او الزنا فهو تعيين لمحل النزاع لا علة برأسه قوله ولا يجوز قذفها مع الشبهة ولا مع غلبة الظن
او اخبره الثقة او شاع ان فلانا زنى بها الزوج كالاجنبى فى تحريم قذف الزوجة وفى لزوم الحد الا ان الزوج
مختص بانه قد يباح له القذف وقد يجب وبان الاجنبى لا يتخلص عن الحد الا ان يثبته بقوم على زنا المقذوف
او باقرار المقذوف وللزوج طريق ثالث الى الخلاص وهو اللعان والسبب فى اختصاص الزوجة
انها اذا لطخت فراشه اشتد غيظه عليها وعظمت عداوته واحتاج الى الانتقام والتبرؤ منها ولا يكاد تساعده
البينة والاقرار فابيح له القذف وشرع له طريق الخلاص ولدفع العقوبة عن نفسه باللعان ثم جواز قذفها
على هذا الوجه مشروط بتيقن زناها بان راها بعينه تزنى لا بمجرد الشبهة ولا بالظن ولا بالسماع من ثقة

ليس

١٥

سواء كان من اهل الشهادة ام لم يكن ولا بالشياع بين الناس بزناها بمعين او غير معين لجواز عدم مطابقته
للخبر فى ذلك وغرض المؤمن كذبه خلافا لبعض العامة حيث جوز قذفها بجميع ذلك ثم ما لم يكن ولد لا يجب
على الزوج القذف بل يجوز له ان يستر عليها ويفارقها بغير طريق اللعان ولو امسكها لم يحرم لما روى ان رجلا
اتى رسول الله صلعم فقال ان لى امرأة لا ترد يد لامس فقال صلى الله عليه واله طلقها قال انى احبها قال فامسكها وان كان
هناك ولد يتيقن انه ليس منه وجب عليه نفيه لان ترك النفى يتضمن الاستلحاق من ليس منه كما لا يجوز
نفى من هو منه وقد روى ان النبى صلعم قال ايما امرأة ادخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله فى شىء فنص
على المرأة ومعلوم ان الرجل فى معناها قوله واذا قذف فى العدة الرجعية كان له اللعان وليس له ذلك
فى البائن بل يثبت فى القذف الحد والواضافه الى زمان الزوجية اذا قذف زوجته المطلقة فان كانت الطلقة
رجعية وقذفها فى العدة او قذفها ثم طلقها كذلك فله ان يلاعنها كما يجوز ان يطلقها ويولى عنها ويظاهر لانها
بمنزلة الزوجة ويصح لعانه فى الحال ويترتب عليها احكامه من غير توقف على الرجعة بخلاف ما اذا ظاهر
عنها او الى حيث يتوقف امرهما على الرجعة لان حكم الايلاء منوط بالمضارة ولا مضارة مع طلاقها والكفارة
فى الظهار تتعلق بالعود وانما يحصل العود بالرجعة واما اللعان فمداره على الفراش ولحوق النسب
والرجعية فى ذلك كالمنكوحة وفى التاخير خطر بالموت فلم يتوقف امره على الرجعة وان كان الطلاق
بائنا او قذفها بعد العدة الرجعية وان اضافه الى زمن الزوجية فلا لعان بل يثبت الحد لانها ليست
زوجة والحكم مرتب على رمى الزوجة ولانها اجنبية فلا ضرورة الى قذفها نعم لو كان هناك ولد يلحق به
فله اللعان لنفيه لمكان الحاجة الى نفيه كما فى صلب النكاح وسياتى قوله ولو قذفها بالسحق لم يثبت اللعان
ولو ادعى المشاهدة ويثبت الحد لا اشكال فى عدم ثبوت اللعان بذلك لانه مشروط بالرمى بالزنى ونفى
الولد واما ثبوت الحد به فلانه قذف بفاحشة يوجب الحد كالزنا واللواط وفى باب الحدود وحصر موجب
الحد من القذف فى الرمى بالزنا واللواط وهو يقتضى عدم ثبوت الحد بالرمى بالسحق بل التعزير خاصة
وبه صرح ابو الصلاح وقربه فى المختلف لاصالة البراءة من وجوب الحد كما لو قذفه باتيان البهائم وهو متجه لان
النص لم يرد بالحد الا على الرمى بالزنا واللواط كما سياتى ان شاء الله تعالى فى بابه قوله ولو قذف زوجته المجنونة
ثبت الحد ولا يقام عليه الا بعد المطالبة فان افاقت صح اللعان وليس لوليها المطالبة بالحد ما دامت حية
اذا قذف المجنونة بالزنا فان اطلق او نسبه الى زمان افاقتها وجب عليه الحد لتحقق القذف بالفاحشة
المحرمة وان نسبه الى حالة جنونها فلا حد لانتفاء قذفها بالزنا المحرم منها ولو كانت المقذوفة عاقلة
حال القذف ولكن اضافه الى حال جنونها فان علم ان لها حالة جنون او احتمل فلا حد لانتفاء الزنا

ولا يجوز لم استلحاق

قذفها

المحرم مباح لكن بعذر الابتداء وان علم استقامة عقلها فمقتضى العبارة كالاكثر انه كذلك لتحقق القذف الصريح فتلغى الاضافة الى تلك الحالة ويحتمل العدم لانها نسبها الى الزنا فى تلك الحالة واذا علم انتفاؤها لم تكن زانية فيكون ما اتى به لغوا من الكلام ومحالا فاشبه ما اذا قال زنيت وانت رتقاء والاصح الاول ثم الحد والتعزير كان له ان يلاعن لاسقاطهما وليس لوليها المطالبة بهما مادامت حية لان طريق اسقاطه من جانب الزوج بالملاعنة ومن البعيد لمن الولي

قوله وكذا ليس له مطالبة زوج امته بالتعزير فى قذفها فان ماتت قال الشيخ له المطالبة وهو حسن لا فرق فى استحقاق المولى حق التعزير بقذف امته بين كون القاذف زوجها وغيره وانما خص الزوج لانه محل البحث هنا هذا اذا كانت حية اما اذا ماتت فهل ينتقل حقه الى المولى قال الشيخ رحمه الله نعم واستحسنه المصنف لان المولى بالنسبة الى المملوك بمنزلة الوارث وحق الحد والتعزير يورث كالمال وربما استشكل ذلك من حيث ان انتقاله الى المولى ان كان بحق الملك اقتضى ثبوته له فى حال الحيوة وليس كذلك وان كان بحق الارث فالمملوك لا يورث ورد بانه حق ثبت بالقذف فلا وجه لسقوطه ويكون السيد احق به لا على جهة الميراث بل لانه اولى من غيره وبانه انما لا يورث عنه المال اما غيره من الحقوق المختصة به فانه يورث عنه وفى هذا الجواب نظر لا يخفى قوله السبب الثانى انكار الولد ولا يثبت اللعان بانكار الولد حتى تضعه لستة اشهر فصاعدا من حين وطيها ما لم يتجاوز حملها اقصى مدة الحمل وتكون موطوءة بالعقد الدائم ولو ولدته تاما لاقل من ستة اشهر لم يلحق به وانتفى بغير لعان اذا ولدت الزوجة الذى يمتد وللا فان امكن كونه منه وجب عليه الحاقه به وحرم عليه نفيه لان الولد لاحق شرعا بالفراش ولا فرق بين ان يجد دونه ما تخيل اليه فسادا او عدمه ولا بين ان يشابه لونه وخلقه لون الاب وخلقه او لون من يتهما به وخلقه وعدمه وقد روى ان النبى صلعم قال ايما رجل جحد ولده وهو ينظر اليه احتجب الله منه وفضحه على رؤس الاولين والآخرين وان علم انتفاؤه عنه ~~وجب انتفاؤه عنه~~ وجب عليه نفيه حذرا من لحوق من ليس منه بسكوته ثم على تقدير انتفائه عنه اما ان يعلم ذلك ظاهرا كما يعلمه الزوج بان تلده لاقل من ستة اشهر من وقت العقد او بطول المسافة بينهما بان يتزوج المشرقى مغربية فاتت بولد لا يمكن نسبته الى الزوج فينتفى بغير لعان ويحتمل كونه منه مع علمه بعدمه بان ولدته على فراشه بعد مضى اقل مدة الحمل من حين التزويج ولكن لو طيه لها ازيد من اقصى الحمل فهو لاحق به ظاهرا لكونها فراشا بحيث يمكن الحاقه به وهو يعلم انتفاؤه عنه فيجب عليه حينئذ نفيه باللعان وهذا يحصل الفرق بين ولادتها له دون اقل الحمل ولا زيد من اقصاه حيث حكم بانتفائه فى الاول بغير لعان وسكت عن الآخر لانه لا يعلم انتفاؤه مطلقا بل قد يعلم كما لو غابت عنه مدة يزيد على ذلك بحيث لا يتمكن وصوله اليها عادة وقد لا يعلم اذا امكن وطؤه لها وفى عباراتهم فى تادية الحكم فى هذه الصورة قصور ففى القواعد اطلق انتفاء اللعان فى الصورتين وفى التحرير حكم بانتفائه فى الاولى كما هنا وبثبوته فى الثانية واطلق وليس كذلك بل الحق التفصيل

تيرتبان على مطالبتها حال الصحة فان افاقت فطالبت بالحد او التعزير م

الثانى م

كما ذكرناه

كما ذكرناه وفى هذا الكتاب سكت عن هذه الصورة فى الشق ويظهر منه فى اولها عدم اللعان مطلقا واعلم ان اشتراط عدم نقصانه عن ستة اشهر مختص بالولد التام فلو وضعته لدونها غير تام اعتبر امكان الحاقه به عادة ويختلف ذلك باختلاف حالاته وتظهر الفائدة فى انقضاء عدتها بوضعه لو كان قد طلقها ثم اتت به فى العدة ولم يلاعن فيها فانه يثبت نسبه مع امكانه وتبين بوضعه وقد تقدم فى الطلاق ما يدل على وقت الامكان قوله اما لو اختلفا بعد الدخول فى زمان الحمل تلاعنا اذا اختلفا فى مدة الحمل بعد الوطء فقال الزوج لها من حين الدخول اقل من ستة اشهر او اكثر من اقصى الحمل فلا يمكن لحوقه به وادعت كونها بين الطرفين وانه لاحق به واشتبه حال الصادق منهما كان انتسابه اليه ممكنا وقد ولد على فراشه فلا ينتفى الا باللعان قوله ولا يلحق الولد حتى يكون الوطء ممكنا والزوج قادرا فلو دخل الصبى لدون تسع فولدت لم يلحق به ولو كان له عشر فما زاد لحق لامكان البلوغ فى حقه نادرا ولو انكر الولد لم يلاعن اذ لا حكم للعانه ويؤخر اللعان حتى يبلغ ويرشد ولو مات قبل البلوغ او بعده ولم ينكره الحق به وورثته الزوجة والولد قد عرفت ان شرط اللعان امكان لحوق الولد به لولا اللعان اما اذا لم يمكن فهو منتف بلا لعان ولعدم الامكان صور قد تقدم بعضها ومنها ان لا يكون الزوج صالحا للتولد وان قدر على الايلاج كابن التسع فما دونها ويظهر من المصنف والعلامة وقبلهما الشيخ ان الامكان يحصل باستكمال عشر سنين وربما قيل بالاكتفا بالطعن فيها ولو بساعة واحدة ولا قاطع على شئ منها ثم اذا حكمنا بثبوت النسب لحصول الامكان لا يحكم بسبب ذلك بالبلوغ لان السبب يثبت بالاحتمال او البلوغ لا يكفى فيه الاحتمال لكن لو قال انا بالغ بالاحتلام فله اللعان لان ذلك مما يرجع اليه فيه ولا يعلم الا من قبله غالبا ثم ان مات قبل البلوغ شرعا لحقه الولد وان كان قد انكره صغيرا وان بلغ فان اعترف به او لم ينكره ثبت نسبه وان انكره عقيب البلوغ ولاعن انتفى عنه كغيره ويفهم من قوله او بعده ولم ينكره انه لو انكره لم يلحق به بمجرد انكاره وليس ذلك بمراد لان دلالة المفهوم ضعيفة بل المراد من العبارة ما دلت عليه بمنطوقها وهو انه اذا لم ينكره بعد البلوغ يلحق به واما حكم لو انكره فمسكوت عنه واللازم فيه ان يرجع الى القواعد المقررة سابقا من انه متى امكن الحاقه به لا ينتفى عنه بدون اللعان فانكاره بعد البلوغ آخر جزء فى السبب الموجب لنفيه لا تمامه كما يفهمه مفهوم العبارة وفائدة قوله ولم ينكره انه لا عبرة لانكاره قبل البلوغ اصلا ولا يترتب عليه لعان وانما يترتب على انكاره بعده فمتى لم ينكره بعده فالاحكام على حالها وان انكره يترتب عليه باقى الاحكام قوله ولو وطى الزوج دبرا فحملت لحق به لامكان استرسال المنى فى الفرج وان كان الوطء فى غيره قد تقدم ان الوطء فى الدبر بمنزلة الوطء فى القبل بالنسبة الى اكثر من احكام الوطء ومنها الحاق الولد فانه وان لم يكن مجرى المنى الطبيعى الى الرحم لكن قربه

منه يمكن استرسال المنى فى الفرج من غير شعور ولذا كان قادرًا وظاهرهم الاتفاق على هذا مذهب الحكم والا فهو
محل النظر وتحرير موضع الحكم فيه لا يخلو من خفاء لان ظاهر التعليل ما اذا وطى دبرًا وانزل ثم حملت على وجه يمكن
تولده من ذلك الوطء فانه لا ينتفى عنه الا باللعان بل يجوز له نفيه ايضا بمجرد ذلك لامكان استرسال المنى
الى الفرج وعلى هذا فلو وطى دبرًا ولم ينزل لم يلحق به فيما بينه وبين الله تعالى ووجب عليه نفيه كما لو لم يطا اصلا
ولكن يبقى فيه انهم حكموا بانه لو وطى فى الفرج ولم ينزل ثم اتت بولد يمكن تولده من ذلك الوطء لحق به
وعللوه بامكان ان يسبقه منى ولا يشعر به ومثل هذا يأتى مع الوطء فى الدبر الا انه على بعد لان الماء المسترسل
من غير شعور المنزل يكون قليلًا جدا لا يمكن عادة استرساله من الدبر الى القبل على وجه يتولد منه
الا ان الحاق الوطء بالدبر بالوطء فى القبل يقتضى ذلك والتعليل المذكور مجرد توجيه للامكان وليس هو
مستند الحكم وبالجملة فلا استبعاد فى الجمع قايم والامكان مشترك وان كانت مراتبه متفاوتة قوله ولا يلحق ولد
الخصى المجبوب على تردد ويلحق ولد الخصى او المجبوب ولا ينتفى ولد احدهما الا باللعان تنزيلًا على الاحتمال وان بعد
من لم يسلم ذكره وانثياه فاما ان يفقدهما جميعًا او يفقد الذكر دون الانثيين او بالعكس ففى الاول لا يلحقه الولد
فى ظاهر المذهب ولا يحتاج الى اللعان لانه لا ينزل ولم تجر العادة بان يخلق لمثله ولد وربما قيل بالحاقه به لان معدن
الماء الصلب وانه ينفذ فى ثقبه الى الظاهر وهما باقيان وفى الثانى يلحق به قطعًا لوجود اوعية المنى وما فيها
من القوة المحيلة للدم والذكر آلة توصل الماء الى الرحم بواسطة الايلاج وقد يفرض وصول الماء بغير ايلاج مع
عدم الهوا الى الماء او مطلقا وفى الثالث يلحقه ايضا على ما اختاره الشيخ والمص من غير تردد لان آلة الجماع
باقية وقد يبالغ فى الايلاج فيلتذ وينزل ماء دقيقا وارادة الحكم على الوطء وهو السبب الظاهر اولى من ارادته
على الانزال الخفى ولانه سبب الفراش وقيل لا يلحق هنا لان التولد موقوف على تولد المنى ومحله الخصيتان
وهذا هو الغالب لكن لا ينفى الاول وان بعد وقول المص تنزيلًا على الاحتمال وان بعد تعليل لهذا القسم لانه هو
الفرض البعيد المختلف فيه دون الخصى خاصة وان كان بحثه فيهما معا لان ذلك الاشكال فيه قوله واذا كان الزوج
حاضرا وقت الولادة ولم ينكر الولد مع ارتفاع الاعذار لم يكن له انكاره بعد ذلك الا ان يؤخر بما جرت
العادة به كالسعى الى الحاكم ولو قيل له انكاره ما لم يعترف به كان حسنا ولو امسك عن نفى الحمل حين وضعت
وجازله وضعه على القولين لاحتمال ان يكون التوقف لتردده بين ان يكون حملًا او ريحًا اذا اتت امراته
بولد فان اقر بنسبه لم يكن له النفى بعد ذلك لان للمولود حقا فى النسب فاذا اقر فقد التزم تلك الحقوق ومن اقر
بما يوجب عليه حقا من حقوق الآدميين لم يتمكن من الرجوع عنه وان لم يقر بنسبه واراد نفيه ففى كونه على الفور
او التراخى قولان احدهما وهو المشهور ان حق النفى على الفور لانه خيار يثبت لدفع ضرر متحقق فيكون على الفور كالرد

بالعيب

١٧

نفيه

بالعيب ولان الولد اذا كان منفيا وجب اظهاره حذرا من استلحاق من ليس منه كما مر وقد تعرض بالتاخير عوارض مانعة منه
كالموت فجاءة فيفوت التدارك وتختلط الانساب وذلك ضرر يجب التحرز منه على الفور لانه لولا اعتبار الفور لادى الى عدم
الاستقرار الاب والثانى وهو الذى اختاره المص انه لا يشترط وقوعه على الفور لاصالة عدم الاشتراط ولوجود مقتضيه
اللعان وهو نفى الولد وانتفاء المانع اذ ليس الا السكوت وهو اعم من كونه اقرارًا فلا يدل عليه ولان امر النسب
خطير وقد ورد الوعيد فى نفى من هو منه وفى استلحاق من ليس منه وقد يحتاج الى النظر والتامل فوجب ان يكون
له مهلة فيه وهذا اقوى وظاهر المص عدم التحديد بمدة عليه فلا يسقط الا بالاعتراف وبالاسقاط واذا قلنا
بانه على الفور فلو اخره بلا عذر وبلغه الخبر ليلًا فاخر حتى يصبح او حضرته الصلوة فقدمها او احرز ماله
اولًا او كان جايعًا او عاريًا فاكل ولبس اولًا او كان محبوسًا او مريضًا او ممرضا لم يبطل حقه وهل يجب عليه الاشهاد على النفى
وجهان وقد سبق له نظاير كثيرة ولو امكن المريض والممرض ان يرسل الى الحاكم ويعلمه بالحال ويستدعى منه او يبعث اليه
نايبا من عنده فلم يفعل بطل حقه لان مثل هذا متيسر له ومثله ملازم غريمه ويلازمه غريمه واما الغايب فان كان فى
الموضع الذى غاب اليه قاض ونفى الولد عند وصول خبره اليه عنده فذاك وان اراد التاخير الى ان يرجع الى بلده
ففى جوازه من منافات الفورية احتيالا او من ان للتاخير غرضا ظاهرا وهو الانتقام منها بان ينهاجر فى بلدها
وقومها وجه فان لم يمكنه المسير فى الحال لخوف الطريق ونحوه فينبغى ان يشهد وان امكنه فلم ياخذ فى السير فان
اخر بطل حقه وان لم يكن هناك قاض فالحكم كما لو كان واراد التاخير الى بلده وجوزناه ومن الاعذار المسوغة
للتاخير على القول بالفورية ما لو ظهر حمل فانه يجوز له ان يؤخر نفيه الى الوضع فان المتوهم حملا قد يكون ريحا
فتنفش فلو صبر الى ان انفصل الولد فقال اخرت الى اذا تحقق الحال فله النفى وان قال عرفت انه ولد ولكن اخرت طمعا
فى ان يجهض فلا احتاج الى كشف الامر ورفع الستر ففيه وجهان احدهما انه يبطل حقه لتاخير النفى مع القدرة عليه
ومعرفة الولد فصار كما لو سكت عن نفيه بعد انفصاله طمعا فى ان يموت والثانى ان له النفى لان مثل هذا عذر واضح
فى العرف ولان الحمل يقتضى صرفًا فلا اثر لقوله عرفت انه ولد وهذا لا يخلو من قوة ومن الاعذار ما لو اخر وقال انى
لم اعلم انها ولدت وكان غايبا او حاضرا بحيث يمكن ذلك فى حقه ويختلف ذلك بكونه فى محلة اخرى او فى محلتها
او فى دارها او فى دار بين ولو قال اخبرت بالولادة ولكن لم اصدق المخبر نظر ان اخبره فاسق او صبى صدق بيمينه
وعذر وان اخبره عدلان لم يعذر لانهما مصدقان شرعا وان اخبره عدل او عبد او امراة او انثى ففيه وجهان احدهما
انه يصدق ويعذر لانه اخبره من لا يثبت بشهادته الحق والثانى انه لا يصدق ويسقط حقه لان روايته
مقبولة وهذا سبيله سبيل الاخبار ولو قال عرفت الولادة ولم اكن اعلم ان لى حق النفى فان كان ممن لا يخفى
عليه ذلك عادة لم يقبل وان امكن بان كان حديث العهد بالاسلام او ناشيًا فى بادية بعيدة عن اهل الشرع قبل

قد عرفت ان الاقرار

وان كان من العوام الناشين في بلاد الاسلام فوجهان اجوده عدم القبول بيمينه مع امكان صدقه **قوله** ومن اقر بالولد صريحاً او فحوى لم يكن له انكاره بعد ذلك مثل ان يبشر فيجيب بما يتضمن الرضا كان يقال له بارك الله لك في مولودك فيقول آمين وان شاء الله اما لو قال مجيباً بارك الله فيك او احسن الله اليك لم يكن اقراراً بالولد يوجب الالتزام به ولا يجوز انكاره بعده لانه حق آدمي ثم الاقرار قد يكون صريحاً وهو ظاهر وقد يكون فحوى مثل ان يهنى به فيقال له بارك الله لك في مولودك او متعك الله به او بالولد الذي رزقك او بالولد الذي رزقك او جعله لك ولداً صالحاً او هنئت به فارساً فقال آمين او استجاب الله دعاك ولو اجاب بما لا يتضمن الاقرار كقوله بارك الله فيك او احسن الله اليك او جزاك الله خيراً او بشرك الله بالخير او اسمعك ما يسرك او رزقك مثله لم يبطل حقه من النفي لانه لا يتضمن الاقرار بل الظاهر خلافه **قوله** واذا طلق الرجل وانكر الدخول فادعته وادعت انها حامل فان اقامت بينة انه ارخى ستراً لاعنها وحرمت عليه وكان عليه المهر وان لم يقم بينة كان عليه نصف المهر ولا لعان وكان عليها مائة سوط وقيل لا يثبت اللعان ما لم يثبت الدخول وهو الوطء ولا يكفي ارخاء الستر ولا يتوجه عليها الحد لانه لم يقذف ولا انكر ولدا يلزمه الاقرار به ولعل هذا اشبه القول الاول للشيخ في النهاية ومستنده صحيحة علي بن جعفر عن اخيه موسى قال سألته عن رجل طلق امراته قبل ان يدخل بها فادعت انها حامل قال ان اقامت البينة على انه ارخى ستراً ثم انكر الولد لاعنها ثم بانت منه وعليه المهر كملاً فقد دلت هذه الرواية على انه بتقدير اقامة البينة بارخاء الستر يلزمه ثلثة اشياء اللعان والتحريم ووجوب المهر على ان الظاهر الصحيح عند الخلوة بالحليلة وعدم المانع من الوطء فيثبت المهر واللعان ويترتب عليه التحريم وعلى تقدير عدم استرخاء الستر اثبت الشيخ ثلثة احكام وجوب نصف المهر ونفي اللعان وجلد مائة لعدم الدخول ووجوب الحد عليها كملاً وهذا لا يظهر من الرواية قال المص رحمه الله ولم نظفر بمستنده ولو جلد باعترافها بالوطء والجلد وعدم ثبوت السبب المحلل ادعته فهذا لا يستلزم كونه عن زنا لانه اعم ولا يلزم من انتفاء السبب الخاص المحلل انتفاء غيره من الاسباب واقلم يدر عنه والقول الثاني لابن ادريس واختاره المص والعلامة ووجهه ان فائدة اللعان من الزوج اما نفي ولد يحكم بلحوقه شرعاً وهو موقوف على ثبوت الوطء ليصير فراشاً ولم يحصل واما النفي حد القذف عنه ولم يقذف واما اثبات حد على المراة وهو هنا منتف بالشبهة ويلزمه ثبوت نصف المهر خاصة لما تقدم من ان الخلوة لا توجب المهر كملاً وهذا متوجه الا ان الرواية صحيحة فردها مطلقاً مشكل **قوله** ولو قذف امراته ونفى الولد واقام بينة سقط ولم ينتف الولد الا باللعان اذا قذف امراته بالزنا ونفى ولدها فقد جمع بين السببين الموجبين للعان فسبب عليه الحد للقذف وله اسقاطه باللعان واما الولد فلا ينتفي بدونه ولان زناء الزوجة لا ينفي الولد عن الزوج فان لاعن لهما سقط الحد وانتفى الولد وان لاعن لاحدهما خاصة ترتب عليه حكمه وبقي الآخر فان اقام بينة بزناها سقط عنه حد القذف لسقوط احصانها

[illegible]

ويعزر

ويعزر للايذاء بتجديد ذكر الفاحشة وهل له اسقاطه باللعان فيه وجهان احدهما انه يلاعن دفعاً للعقوبة ولقطع النكاح دفع العار والثاني المنع وهو الذي اختاره الشيخ في المبسوط لان اللعان لاظهار الصدق واثبات الزنا والصدق ظاهر والزنا ثابت فلا معنى للعان وايضاً فان التعزير هنا للسبب والايذاء فاشبه قذف الصغيرة التي لا يوطأ مثلها ومثله ما لو ثبت زناها باعترافها والاجود هنا عدم اللعان فيعزر ويلاعن لنفي الولد **قوله** ولو طلقها بائناً فاتت بولد يلحق به في الظاهر لم ينتف الا باللعان ولو تزوجت فاتت بولد لدون ستة اشهر من دخول الثاني ولتسعة اشهر فما دون من فراق الاول لم ينتف عنه الا باللعان قد تقدم في احكام الاولاد ان ولد المطلقة يلحق بالمطلق متى امكن كونه منه لكونها فراشاً له وان زال الا ان يعارضه فراش جديد يمكن الحاقه به فاذا ولدته لاقصى الحمل فما دون ولم توطأ المطلق ولم يكن تزوجت ولم يمض لها اقل الحمل من وطء الثاني الحق بالاول لم ينتف عنه الا باللعان كما لو نفاه في صلب النكاح ولا يقدح فيه زوال الزوجية اذ لا طريق الى نفي الولد الملحق به ظاهراً بدونه مالو بخلاف قذفها بعد البينونة فانه يحد ولا لعان عملاً بظاهر قوله تعالى والذين يرمون ازواجهم وهي الآن ليست زوجة ولبعض العامة قول بنفي اللعان في الحالتين لانتفاء الزوجية التي هي مناط اللعان وله وجه **قوله** في الملاعن ويعتبر كونه بالغاً عاقلاً وفي لعان الكافر روايتان اشهرهما انه يصح وكذا القول في المملوك لا اشكال في اعتبار بلوغ الملاعن وعقله لان عبارة الطفل والمجنون مسلوبة الاعتبار شرعاً لرفع القلم عنهما ولان اللعان اما شهادات او ايمان والطفل والمجنون ليسا من اهل الشهادة ولا اليمين ولا يقتضي قذفهما اللعان بعد البلوغ والافاقة نعم يعزر المميز على القذف واما اشتراط الاسلام فنفاه الاكثر وجوزوا لعان الكافر لعموم آيات اللعان واصالة عدم الاشتراط وخالف في ذلك ابن الجنيد فشرط اسلام المتلاعنين معاً نظراً الى انها شهادات والكافر ليس من اهلها ويضعف بمنع كونها شهادات محضة بل هو الى الايمان اقرب وسيأتي تحقيقه واما قول المص ان في لعان الكافر روايتين بالجواز والمنع فلم نقف عليها بالخصوص وربما حمله بعضهم على ان الروايتين في لعان الكافر مطلقاً الشامل للرجل والمراة فان الروايات المختلفة انما وردت في لعان الكافرة وفيه ان البحث هنا في الملاعن دون الملاعنة وسيأتي البحث فيها بخصوصها وشرائطها ويمكن ان يجعل الاخبار الدالة على صحة لعان الكافرة وعدمه دالاً على مثله في الزوج الكافر من حيث ان وجه المنع كونه شهادة وهي مشتركة بينهما ويتصور لعان الكافر فيما اذا كان الزوجان ذميين فترافعا الينا ويمكن فرض الزوجة مسلمة والزوج كافراً فيما اذا اسلمت واتت بولد يلحقه شرعاً فانكره وقوله وكذا المملوك نظر

منه ان في لعانه روايتين وان الاشهر الصحة وليس كذلك بل فيه روايات بالصحة كصحيحة محمد بن
مسلم عن احدهما عليهما السلم انه سئل عن عبد قذف امرأته قال يتلاعنان كما يتلاعن الاحرار وحسنة
جميل بن دراج عن الصادق عليه السلم قال سألته عن الحر بينه وبين المملوكة لعان فقال نعم وبين
المملوك والحرة وبين العبد وبين الامة وبين المسلم وبين اليهودية والنصرانية وليس فيه رواية
بالمنع ولا به قايل معلوم وابن الجنيد المانع من لعان الكافر صرح بعدم اشتراط الحرية فيهما والاولى
ان يريد بقوله وكذا القول في المملوك مجرد تشبيه الحكم بالصحة من دون ان يشير الى الخلاف
قوله ويصح لعان الاخرس اذا كان له اشارة معقولة كما يصح طلاقه واقراره وربما توقف شاذ
منا نظرا الى تعذر العلم بالاشارة وهو ضعيف اذ ليس حال اللعان بزايد عن حال الاقرار بالقليل
ولا يصح اللعان مع عدم النطق وعدم الاشارة المعقولة :: الاخرس ان لم يكن له اشارة مفهومة
ولا كتابة لم يصح قذفه ولا لعانه ولا ساير تصرفاته اتفاقا لتعذر الوقوف على ما يريده وان كان
له اشارة فالمشهور صحة قذفه ولعانه كما يصح بيعه ونكاحه وطلاقه وغيرها بل اولى لان اللعان
مما تدعوا اليه الضرورة وليس كالشهادات حيث لا يقبل من الاخرس عند بعضهم لان المغلب
في اللعان معنى الايمان دون الشهادات وايضا فان الشهادة يقوم بها الناطقون فلا ضرورة
الى ان يتحملها الاخرس واللعان مختص بالازواج فاذا كان الزوج اخرس لم يكن بد من تصحيحه
منه ليتادى به هذا الغرض المطلوب بل الواجب على بعض الوجوه وعلى ما سياتي من مذهب اصحابنا
من قبول شهادة الاخرس فلا اشكال واستدل عليه الشيخ بعموم الاية واجماع الفرقة واخبارهم
وخالف في ذلك ابن ادريس فقال لا اقدم على ان الاخرس المذكور يصح لعانه لان احدا من اصحابنا
غير من ذكرناه وعني به الشيخ في المبسوط والخلاف حيث اجازه لم يورده في كتابه ولا وقعت
على خبر بذلك ولا اجماع عليه والقايل بهذا غير معلوم والتمسك بالاية بعيد لانه لا خلاف انه
غير قاذف ولا رام على الحقيقة فالنطق منه بالشهادات في حال اللعان متعذر والاصل براءة الذمة
واللعان حكم شرعي يحتاج في اثباته الى دليل شرعي وايضا لو رجع عن اللعان عند من جوزه
لم وجب عليه الحد والرسول عليه الصلوة والسلم قال ادرءوا الحدود بالشبهات ومن المعلوم
ان في ايمانه واشارته بالقذف شبهة هل اراد به القذف او غيره وهو معلوم يقينا بلا خلاف
ثم قال فان قلنا يصح منه اللعان كان قويا معتمدا لانه يصح منه الاقرار والايمان واداء الشهادات
وغير ذلك من الاحكام وهذا يدل على اضطرابه في الفتوى وتردده فيها ومن ثم قال المص رحمه الله

وربما توقف فيه شاذ منا الخ واشار المص الى جوابه بان اشارته مقبولة فيما هو اقوى من اللعان كما
كالاقرار بالقتل وغيره اجماعا فليكن في اللعان كذلك والمفروض ان اشارته مفهمة للمطلوب ولا نسلم
عدم صحته وحينئذ فما استند اليه من عدم العلم باشارته في القذف والشهادة خلاف الفرض
ودعوى الاتفاق على انه غير قاذف ولا رام فاسدة اذ القذف مرجعه الى الرمي فان معناه لغة
الرمي وهو غير مختص بلفظ بل ربما دل على الرمي بالزنا في معرض التعيير نعم يمكن ان يفرق بين
الاقرار وغيره من العقود والمعاملات من الاخرس وبين اللعان من حيث انه تتعين فيه
تاديته بلفظ الشهادة واللعن والغضب والاشارات لا ترشد الى تفصيل الصيغ وان ادت معناها
وانما يتوجه ان يصح منه ما لا يختص بصيغة فلا يمنع اقامة الاشارة منه مقام العبارة المودية له دون
ما يختص وما يظهر من اختصاص النكاح ونحوهما من العقود اللازمة بصيغ خاصة فليس
المقصود منها الا ما دل على المطلوب صريحا انه لا نص على الاختصاص فاذا افادت اشارة الاخرس
ذلك كفت ويمكن الجواب بانه قد علم من الشارع الاكتفا باشارته فيما علم منه ارادة صيغة
خاصة كتكبيرة الاحرام في الصلوة وقراءة الفاتحة ونحوهما من الاذكار المتعينة فليكن هنا كذلك
الا ان الفرق بين الامرين لا يخلو ا وبالجملة فلم يتضح فالقول بوقوع اللعان من الاخرس هو المذهب
وان كان الشك فيه متوجها واعلم انه كما يمكن وقوع القذف واللعان معا من الاخرس يمكن
وقوع القذف منه صحيحا ثم يعرض الخرس قبل اللعان ومعه يزول الاشكال الذي عرض لابن
ادريس من عدم تحقق القذف والرمي منه وبقي الكلام في اللعان خاصة وهو متجه في الشهادة
واليمين وكلاهما يقع من الاخرس ولو كان يحسن الكتابة فهي من جملة اشارته بل ربما كانت اوضح
فاذا لاعن بالكتابة واشار بما يدل على قصدها كان اكمل وليكتب حينئذ كلمة الشهادة وكلمة
اللعن والغضب ويشير اليها اربع مرات ولا يكلف ان يكتب اربع مرات ولو قذف ولاعن بالاشارة
ثم عاد نطقه وقال لم ارد اللعان باشارتي قبل قوله فيما عليه حتى يلحقه النسب ويلزمه الحد
ولا يقبل فيما له حتى لا ترتفع الفرقة ولا التحريم المؤبد وله ان يلاعن في الحال لاسقاط الحق ولنفي
النسب اذا لم يمض من الزمان ما يسقط فيه حق النفي ولو قال لم ارد القذف اصلا لم يقبل قوله
لان اشارته اثبتت حقا لغيره قوله ولو نفى ولد المجنونة لم ينتف الا باللعان ولو افاقت
فلاعنت صح والا كان النسب ثابتا والزوجية :: لما كان حكم الولد ان يلحق بالفراش بالنص والاجماع
الى ان يدل دليل على انتفائه عنه لم يفرق في ذلك بين ولد العاقلة والمجنونة لاشتراكهما في المقتضي

للالحاق ولما كان اللعان مشروطاً بكمال الملاعن انتظر زوال المانع من جهته فان افاق لاعن والا فلا سبيل الى نفيه وكذا لو عرض له الجنون بعد نفيه وقبل اللعان قوله ولو نفى ولد الشبهة انتفى عنه ولم يثبت اللعان ؛ الموطوءة بالشبهة لا تصير فراشا للواطى بمجرده بحيث يلحق به الولد بمجرده بل يتوقف لحوقه على اعترافه به او اعترافه بانه لم يطاها فى ذلك الوقت الذى يمكن الحاق الولد به فيه غيره لان ذلك يستلزم كونه منه ايضا وهو فى قوة الاعتراف به فيلحق به والا فلا قوله واذا عرف انتفاء الحمل لاختلال شروط الالتحاق او بعضها وجب انكار الولد واللعان ليلا يلتحق بنسبه من ليس منه ولا يجوز انكار الولد للشبهة ولا للظن ولا لمخالفة الولد صفات الواطى ؛ اختلال شروط الحاق الولد قد تظهر للزوج وغيره بان ولدته لعدن و يجربها كاملا لاقل من ستة اشهر فينتفى عنه و ان لم ينفه ولا يفتقر الى اللعان وقد يظهر للزوج خاصة كما لو ولدته لستة اشهر فما عدا من حين التزويج وخلوته بها ولكنه لم يدخل بها فيما بينه وبين الله تعالى فى وقت يمكن الحاقه به وفى هذا القسم يحكم بلحوقه به ظاهرا ولا ينتفى عنه الا باللعان لانها فراش والولد لاحق بالفراش ويجب عليه فى هذا القسم نفيه ولعانها لاجل ذلك حذرا ليلحق بنسبه من ليس منه ويترتب عليه حكم الولد فى الميراث والنكاح ونظر محارمه وغير ذلك من المحذورات التى لا ترتفع الا بنفيه وبها قيل بعدم وجوب نفيه وانما يحرم التصريح باستلحاقه كذبا دون السكوت عن النفى وذلك لان فى اقتحام اللعان شهرة وفضيحة يصعب احتمالها على ذوى المروات فيبعد ايجابه ولا فرق بين ان يتيقن مع ذلك انها زنت وعدمه بان جوز كونه من زوج اخر قبله او وطى بشبهة وان حرم قذفها فى الثانى لان الغرض نفى الولد ورفع استلحاقه سواء كان لاحقا بغيره فى نفس الامر ام لا ولو اجتمعت شرط الالحاق بان ولدته فى المدة التى بين اقل الحمل واكثره من حين وطيه لحق به ظاهرا وحرم عليه نفيه وان استراب به او ان حقق زناها او جاء الولد مخالفا فى الخلق والخلق بل مشابها لمن اتهمها به او حقق زناه بها لان الولد شرعا لاحق بالفراش والمعرق نزاع وقد روى ان رجلا قال للنبى صلى الله عليه وآله ان امرأتى ولدت غلام اسود فقال هل لك من ابل فقال نعم قال ما الوانها قال حمر قال هل فيها اورق قال نعم قال انى ترى ذلك قال نزعه عرق قال فلعل هذا نزعه عرق وروى عبد الله بن سنان عن بعض اصحابنا عن ابى جعفر رض قال اتى رجل من الانصار رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال هذه ابنة عمى وامرأتى لا اعلم الا خيرا وقد اتتنى بولد شديد السواد منتشر المنخرين جعد قطط افطس الانف لا اعرف

قطط م

الا للحاق م

من

عليه السلم

شبهه

شبهه فى اخوالى ولا فى اجدادى فقال لامرأته ما تقولين قالت لا والذى بعثك بالحق نبيا ما اقعدت مقعده منى منذ ملكنى احدا غيره قال فنكس رسول الله صلى الله عليه وآله راسه مليا ثم رفع بصره الى السماء ثم اقبل على الرجل فقال يا هذا انه ليس من احد الا بينه وبين ادم تسعة وتسعين عرقا تضرب فى النسب فاذا وقعت النطفة اضطربت تلك العروق تسال الله التشبه بها فهذا من تلك العروق التى لم تدركها اجدادك خذى اليك ابنك فقالت المرأة فرجت عنى يا رسول الله قوله فى الملاعنة ويعتبر فيها البلوغ وكمال العقل والسلامة من الصمم والخرس ؛ مقتضى العبارة ان السلامة منهما معا شرط فى صحة لعانها مطلقا فلو كانت متصفة باحدهما خاصة صح لعانها لان الشرط وهو السلامة منهما حاصل وقد تقدم المختار فى ذلك ثم ومقتضى هذه العبارة انه لا يصح لعانها للقذف ولا لنفى الولد لانه جعل السلامة منهما معا شرطا فى صحة لعانها مطلقا الشامل لذلك وفيما تقدم جعل قذفها موجبا للتحريم بها بغير لعان فنفى الولد غير داخل فيه لان للعان سببين كما تقدم القذف ونفى الولد واحدهما غير الاخر وقد يجتمعان كما لو قذفها بالزنا ونفى ولدها وقد ينفرد كل منهما عن الاخر بان يقذفها بالزنا ويعترف بولدها ويبريها من الزنا بان جعله ولد شبهة ونكاح صحيح سابق حيث يمكن والموجود فى النصوص تحريمها بالقذف بدون اللعان وانه يحد للقذف ففى صحيحة ابى بصير قال سئل ابو عبد الله رض عن رجل قذف امرأته بالزنا وهى خرساء او صماء لا تسمع فقال ان كان لها بينة فهى تشهد لها عند الامام جلده الحد وفرق بينهما ثم لا تحل له ابدا وان لم يكن لها بينة فهى حرام عليه ما اقام معها ولا اثم عليها منه والوجه اختصاص الحكم بالقذف وقوفا فيما خالف الاصل على محل الوفاق ولعموم الاية الشامل للزوجة مطلقا فخرج منه المقذوفة فيبقى الباقى ولانه على تقدير علمه بانتفاء الولد عنه لو نفاه فحرمت عليه بدون لعان وانتفى الولد بذلك لزم انتفاء ولد الزوجة الملحق به ظاهرا وهو باطل بالاجماع وان لم ينتف عنه ولم يجعل له طريق اليه لزم الحرج والضرر به المنفيين شرعا نعم فى رواية اسماعيل بن ابى زياد السكونى عن ابى عبد الله رضى الله عنه ان عليا عليه السلام رضى قال ليس بين خمس من النساء وبين ازواجهن ملاعنة وعد منها الخرساء وقال انما اللعان باللسان وهو يقتضى نفى اللعان للامرين لكنها قاصرة عن افادة المطلوب لضعف سندها فلا تقاوم ما ثبت بعموم الاية والرواية بل الاجماع وانما يقتصر فيه على ما ذكرناه من محل الوفاق وايضا فانه اومى الى العلة بكون اللعان انما يكون باللسان المقتضى لنفى لعان الاخرس بالاشارة وقد تقدم ما يدل على خلافه وح فيلاعنها النفيه بالاشارة كما مر ويحد للقذف ان لم يقم

عليه السلم م

عليه السلم م

البينة وحرم بغير لعان وان اقام بينة سقط الحدّ وحرمت ايضا كما دلت عليه الرواية السابقة وربما
قيل بانها لا تحرم حينئذ لعدم قذفها بما يوجب اللعان ويثبت عليها الحدّ بالبينة ولا ينتفي عنها بلعانها
والرواية تنافي ذلك وهي معتبرة الاسناد لكن في الاكتفاء بها في اثبات هذا الحكم نظر وعبارة الاصحاب
في باب التحريم مصرحة باشتراط قذفها بما يوجب اللعان لولا الآفة المذكورة فيخرج منها ما لو اقام
البينة ولو لم يدع المشاهدة واطلاق هذه الرواية وغيرها يتناول الجميع والاولى الرجوع في
كل موضع يحصل فيه الاشتباه الى الحكم العام قوله وان تكون منكوحة بالعقد الدايم اشتراط
دوام العقد في صحة اللعان بالنسبة الى نفي الولد موضع وفاق ولان ولد المتمتع بها ينتفي بغير
لعان اتفاقا واما اشتراطه مع القذف فهو المشهور بين الاصحاب ذهب اليه اكثر المتقدمين وجميع
المتاخرين حتى لم ينقل المص هنا فيه خلافا وكذلك العلامة وقد سبق نقل الخلاف في النكاح
المنقطع وحجة المشهور صحيحة عبد الله بن ابي يعفور عن ابي عبد الله رضي الله عنه قال لا يلاعن عليه السلم
الرجل المرأة التي تمتع بها وصحيحة ابن سنان عن الصادق رضي الله عنه لا يلاعن الحر الامة ولا عليه السلم
الذمية ولا التي تمتع بها ومثله رواية علي ابن جعفر عن اخيه موسى رض وقال المفيد والمرتضى يقع
بها لعموم الاية ولا ينافيه ورودها في الدايم لان خصوص السبب لا يخصص العام واجيب بان عمومها
مخصوصة بالرواية الصحيحة بناء على ان خبر الواحد يخصص الكتاب وتحقيق المقدمات في الاصول
وقد تقدم البحث في هذه المسئلة في النكاح قوله وفي اعتبار الدخول بها خلاف المروي انه لا لعان
وفيه قول بالجواز وقال ثالث بثبوته بالقذف دون نفي الولد :: الكلام في هذا الشرط كالذي قبله
فان الولد قبل الدخول لا يتوقف نفيه على اللعان اجماعا بل هو منتف عنه لعدم وجود شرايط الالحاق
فلا اشكال في انتفاء لعانها لهذا السبب واما لعانها بالقذف فقد اختلفوا في اشتراط الدخول فيه وعدمه
فذهب الشيخ واتباعه وابن الجنيد الى الاشتراط لرواية ابي بصير عن الصادق عم رضي الله عنه قال لا يقع
اللعان حتى يدخل الرجل بامراته ولا يكون لعان الا بنفي الولد ولرواية اخرى عنه عليه السلم لا يقع
اللعان حتى يدخل الرجل باهله ورواية محمد بن صادق قال قلت لابي عبد الله رض ما تقول في رجل
لاعن امراته قبل ان يدخل بها قال لا يكون ملاعنا حتى يدخل بها يضرب حدا وهي امراته ويكون قاذفا
وفي طريق الروايتين ضعف وذهب ابن ادريس الى عدم اشتراطه لعموم الاية وهو حسن الا انه جعل
التفصيل باشتراطه بالدخول لنفي الولد وعدمه للقذف جامعا بين الادلة والاقوال بمعنى حمل ما دل
على اشتراط الدخول على ما اذا كان لنفي الولد والاخر على القذف وليس كذلك لان الروايات التي

استدل بها

٢١

استدل بها مشترط الدخول بعضها صريح في انه بسبب القذف لا نفي الولد والاقوال تابعة للادلة
ويظهر من المص وغيره ان من الاصحاب من قال بعدم اشتراط الدخول في اللعان بالسببين
لانه جعل التفصيل قولا ثالثا وقائله غير معلوم وهو غير موجه لما عرفت من ان الدخول شرط
لحوق الولد فلا يتوقف انتفاؤه على اللعان على تقدير عدمه والحق رجوع الخلاف الى قولين
الاشتراط فيهما والتفصيل كما مرّ قوله ويثبت اللعان بين الحر والمملوكة وفيه رواية بالمنع
وقال ثالث بثبوته بنفي الولد دون القذف :: الزوجان اما ان يكونا حرين او مملوكين او الزوجة
حرة والزوج عبدا او بالعكس والثلاثة الاول لا خلاف في ثبوت اللعان بينهما فيها وانما الخلاف
في الرابع فجوزه الاكثر كالشيخ واتباعه والمص وتلميذه العلامة والمتاخرين ومنعه المفيد
وسلار والتفصيل بصحته في نفي الولد دون القذف لابن ادريس حجة الاولين عموم الاية وخصوص
الرواية كحسنة جميل بن دراج عن الصادق عم رض انه سئل هل يكون بين الحر والمملوكة لعان فقال
نعم وبين المملوك والحرة وبين العبد والامة وبين المسلم واليهودية والنصرانية وحجة المانع عموم
قوله تع ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم فشهادة احدهم اربع شهادات بالله والمملوكة ليست
من اهل الشهادة وخصوص صحيحة ابن سنان ان الصادق عم رضي الله عنه قال لا يلاعن الحر الامة ولا الذمية
وجوابه منع كونه شهادة بل هو يمين كما سياتي ولو سلم لزم اشتراط حريتهما معا ولا قايل به وانما
الخلاف في المملوكة اذا كان زوجها حرا وقد تقدم البحث في ذلك ويمنع من صحة الرواية فان ابن
سنان مشترك بين عبد الله ومحمد والاول ثقة والثاني ضعيف وليس في الرواية ما يدل على
انه الثقة واطلاق جماعة الحكم بصحتها نظر الى ثقة من عدا ابن سنان فهي صحة اضافية كما قررناه
مرارا وقد يغفل عنه من لا يتفطن للاصول فتنزل والصدوق رحمه الله حملها على الامة الموطوءة بملك تقدم
اليمين قال لان محمد بن مسلم روى عن ابي جعفر رض انه سأله عن الحر يلاعن المملوكة قال نعم اذا كان
مولاها زوجه اياها والحديث المفسر يحكم على المطلق وحملها العلامة على ما اذا لم يكن زوجه اياها
مولاها لمفهوم الرواية واحتج ابن ادريس بان قذف المملوكة لا يوجب الحد فلا يتوقف نفيه
على اللعان بخلاف نفي ولدها اذا كانت زوجة وبان اللعان حكم شرعي فيقتصر فيه على المتيقن
والباقي باق على الاصل وجوابه ان عموم والذين يرمون ازواجهم اخرجه عن حكم الاصل مضافا
الى النصوص ولما جاز اللعان لنفي الحدّ جاز لنفي التعزير اذ ليس في الآية اشتراط كونه للحد وان
كان السبب موجبا له لان العبرة بعموم اللفظ كما مرّ وقد تقدم ان مختار المص والاكثر اظهر

واعلم ان من جملة الشروط المحال فيها بالنسبة الى الملاعنة كونها مسلمة فقد ذهب جماعة منهم ابن الجنيد
الى اشتراط اسلامها فلا يلاعن المسلم الكافرة وحجتهم تظهر من حجة مشترط الحرية فيها ولم يشترط
الاكثر وابن ادريس على تفصيله وحجة الجميع تظهر من حجة اشتراط الحرية وعدمه والمص بنى على
الخلاف في الملاعن الكافر واهمل ذكره في الملاعنة وكان العكس اولى لظهور الخلاف فيها واختلاف
الروايات وقد اشرنا اليه في رواية جميل وابن سنان وظهر مما قررناه قرب القول بعدم اشتراط
اسلامها بتقريب الدليل قوله ويصح لعان الحامل لكن لا يقام عليها الحد الا بعد الوضع :: اختلف
العلما في جواز لعان الحامل اذا قذفها او نفى ولدها قبل الوضع فذهب الاكثر الى جوازه لعموم
الاية ووجود المقتضى وانتفاء المانع اذ ليس الا كونها حاملا وهو لا يصلح للمانعية لان شهادة
الحامل ويمينها حال الحمل غير مناف له والحمل غير مسوغ لتاخير ما يتوجه عليها منهما في غيره ولان
النبي صلى الله عليه وسلم لاعن بين هلال ابن امية وزوجته وكانت حاملا ونفى هلال الحمل ولما ولدته
جاء على صفات من قذفها به فقال النبي صلى الله عليه واله لولا الايمان لكان لي ولها شان
وروى الحلبي عن ابي عبد الله ع في رجل لاعن امراته وهي حبلى ثم ادعى ولدها بعد ما ولدت
وزعم انه منه قال يرد اليه الولد ولا يجلد لانه قد مضى التلاعن ثم ان تم اللعان منهما فلا كلام
وان نكلت عنه او اعترفت فتوجه عليها الحد لم تحد الى ان تضع كغيرها من ثبت عليها قال وقال
امير المومنين ع يلاعن على كل حال الا ان يكون حاملا وفيه ضعف السند وحمل على نفي ما يجب
باللعان من الحد على تقدير نكولها او على ان الحمل لا ينتفي واللعان حجة ضرورية فيشترط
فيه نفي الولد والاصح الجواز قوله ولا تصير الامة فراشا بالملك وهل تصير فراشا بالوطي فيه روايتان
اظهرهما انها ليست فراشا ولا يلحق ولدها الا بالاقرار ولو اعترف بوطيها ولو نفاه لم يفتقر الى
اللعان :: الامة لا تصير فراشا بالملك حتى يلحقه الولد الذي تاتي به وان خلت به وخلا بها
والحكم ان يكون منه اجماعا بخلاف النكاح حيث يلحق الولد بمجرد الامكان لان مقصود النكاح
هو الاستمتاع والولد وملك اليمين قد يقصد به ذلك وقد يقصد به التجارة والاستخدام
ولهذا لا يتزوج من لا تحل له بملك ويملك باليمين من لا يحل له واذا كان المقصود في النكاح ذلك
اكتفى فيه بمجرد الامكان وهل تصير الامة فراشا بالوطء فيه قولان منشاؤهما اختلاف الروايات
فذهب الشيخ في المبسوط والمص والعلامة وساير المتاخرين الى ان الامة لا تصير فراشا مطلقا واستندوا
في ذلك الى صحيحة عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله ع ان رجلا من الانصار اتى ابا عبد الله ع

فقال

فقال اني ابتليت بامر عظيم ان لي جارية كنت اتاها فوطيتها يوما وخرجت في حاجتي لي بعدما اغتسلت
معها ونسيت نفقة لي فرجعت الى المنزل لاخذها فوجدت غلاما لي على بطنها فعددت لها من
يومي ذلك تسعة اشهر فولدت جارية فقال لي عليه السلم لا ينبغي لك ان تقربها ولا تبيعها ولكن
انفق عليها من مالك ما دمت حيا ثم اوص لها عند موتك من مالك حتى يجعل الله عز وجل
لها مخرجا وفي معناها اخبار اخر لا تساويها في صحة السند واما صيرورتها فراشا بالوطي فيدل
عليه ما روي عن النبي صلى الله عليه واله لما تنازع اليه سعد وعبد بن زمعة عام الفتح في ولد
وليدة زمعة وكان زمعة قد مات فقال سعد يا رسول الله ان اخي كان قد عهد الي فيه وذكر لي
انه الم بها في الجاهلية وقال عبد اخي ابن وليدة ابي وولد على فراشه فقال رسول الله صلى الله عليه
واله يا عبد بن زمعة هو لك الولد للفراش وللعاهر الحجر ووجه الاستدلال انه اثبت الفراش لزمعة
والحق الولد به من غير ان يستلحقه ومن طريق الخاصة رواية سعيد بن يسار قال سالت ابا
عبد الله ع عن رجل وقع على جارية له تذهب وتجي وقد عزل عنها ما تقول في الولد قال ارى
ان لا يباع هذا الولد يا سعيد قال وسالت ابا الحسن ع فقال اتتهمها فقلت اما تهمة ظاهرة فلا
فقال اتتهمها اهلك فقلت اما شي ظاهر فقال لا فقال وكيف يستطيع ان لا يلزمك الولد وروى
سعيد بن يسار في الصحيح قال سالت ابا عبد الله ع عن الجارية يكون الرجل يطيف بها وهي تخرج
فتعلق قال اتتهمها الرجل واتتهمها اهله فقلت اما ظاهرة فلا قال اذا لزمه الولد وروى سعيد الاعرج
في الصحيح عن ابي عبد الله ع قال سالته عن رجلين وقعا على جارية في طهر واحد لمن يكون الولد
قال للذي عنده لقول رسول الله صلى الله عليه واله وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر وفي معناها
رواية الحسن الصيقل عنه عليه السلم والطريق الى الحسن صحيح وفيها الولد للذي عنده الجارية
ولنصر لقول رسول الله صلى الله عليه واله وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر وهذه الاخبار صريحة
في ان الامة تصير فراشا للمولى بالوطء وفي معناها غيرها وظاهر الحال انها مرجحة على السابق
لصحة السند والكثرة اذا تقرر ذلك فنقول مما يترتب على كون الموطوءة فراشا ان ولدها الذي
يمكن تولده من الواطي بان تلده لستة اشهر فما زاد من حين وطيه الى اقصى مدة الحمل يلحق به ولا يتوقف
على اعترافه به بل لا يجوز له نفيه فيما بينه وبين الله تعالى وان ظن انه ليس منه لتهمة امه بالفجور
لان الله تعالى جعل الولد للفراش فاذا كان الفراش زوجة دايمة تحقق فراشها من حين العقد
وامكان وصوله اليها ثم لها بالنسبة الى الولد حكمان احدهما في ظاهر الامر وهو انه يحكم بالحاق

الولد الذی تلده بعد العقد وامکان الوصول الیها فیما بین اقل الحمل واکثره بالزوج وان لم
یعترف به ولم یعلم وطیه لها وسواکان من اهل الاعتراف کالبالغ العاقل ام لا کالمجنون والصبی
الذی یمکن تولده منه کابن العشر قبل ان یحکم ببلوغه علی ماسبق ولو علمت انتفاوه عنه بان
کان غایبًا عنها غیبة لا یمکن وصوله الیها سرًا او لا جهرًا فی المدة التی یمکن تولده منه حکمنا
بانتفایه عنه وان لم ینفه والثانی فیما بینه وبین الله تع فاذا وطیها وطیا یمکن تولده منه
ثم ولدته فی وقت امکان کونه منه وجب الحاقه به وان احتمل او ظن خلاف ذلک کما قلناه وان
علم انتفاوه عنه بان ولدته لدون ستة اشهر من حین وطیه و لاکثر من اقصی الحمل وجب علیه
نفیه کما قدمناه سابقا وان کان فی ظاهر الحال محکوما بالحاقه به بان کان قریبا منها یمکنه اصابتها
فاذا توقف نفیه علی اللعان وجب علیه ذلک من باب مقدمة الواجب وان امکن اقامة البینة
علی ما یوجب انتفاوه عنه حکم بموجبها من غیر لعان اذا شهدت بذلک علی وجه منضبط بان
لازمته لیلا ونهارا بحیث علمت انتفاء مجامعته لها قطعا واما الامة فقد عرفت انها لا یکون
فراشا بمجرد الملک قطعا ثم ان وطاها وحکمنا بکونها تصیر فراشا به فحکمه فی لحوق ولدها فی الحالین
کما سبق لکنه یفارق ولد الزوجة فی امرین احدهما انه لا یحکم بلحوقه به الا مع ثبوت وطیه لها
اما باقراره به او بالبینة بخلاف ولد الزوجة فانه یکفی امکان الوطء والوجه فیه ان المعتبر فیهما
ثبوت الفراش ولما کان فی الزوجة متحققا بالعقد وامکان وصوله الیها کان المعتبر ثبوت
ذلک ولما کانت فراشیة الامة لا یتحقق الا بالوطء اعتبر ثبوته فرجع الامر فیهما الی شیء
وهو ثبوت الفراش الا انه فی الزوجة یظهر غالبا لغیر الزوج بحضور العقد والعلم بامکان
وصوله الیها وفی الامة لا یظهر غالبا الا منه لان الوطء من الامور الخفیة فاعتبر اقراره وان لم
یتفق الاطلاع علیه بالبینة نادرا والثانی ان ولد الزوجة اذا کان محکوما به للزوج ظاهرا
لا ینتفی عنه الا باللعان وولد الامة ینتفی بغیر لعان والسر فیه ان الولد الذی یظهر للزوج
کونه منفیا عنه یلیق بالحکمة ان یجعل له الشارع طریقا الی نفیه لیخرج عنه من لیس منه ولما
نصب لولد الزوجة طریقا الی النفی وخصه بالزوجین بقوله والذین یرمون ازواجهم فلا طریق
ولد الامة حیث تقتضی الحال نفیه فاذا لم یمکن باللعان وبقی علی اصل الالحاق کما لو تعذر
اللعان حیث یشرع لزم ان یکون ولد الامة اقوی اتصالا واحسن حالا من ولد الزوجة
الدایمة تشرع لذلک انتفاوه بمجرد النفی بغیر لعان اذ لیس هناک طریق آخر والعامة لما وافقوا

لنفسه

علی ان

علی ان ولد ملک الیمین لا ینتفی باللعان اختلفوا فی طریق نفیه ان علم انتفاوه فمنهم من سد
الطریق عن نفیه نظرا الی ان الولد للفراش ولیس هناک طریق الی النفی ومنهم من جوز نفیه باللعان
للضرورة حذرا من ان یکون اقوی من ولد الزوجة ومنهم من نفاه بیمینه ثم علی تقدیر صیرورتها
فراشا بالوطء وهل یستمر کذلک مادامت علی ملکه ام یختص الحکم بالولد الذی یمکن تولده من ذلک
خاصة حتی لو اتت بولد بعد اقصی الحمل من الوطء الذی ثبت باقراره او البینة لا یلحق به بدون
الاقرار به وجهان من حصول شرط الفراش وهو الوطء فتنزل منزلة العقد الدایم علی الحرة لان وطء
الامة اما تمام السبب للفراشیة او شرط فیها وعلی التقدیرین حصل الفراش به کالعقد فیستمر الحکم
حینیذ کما استمر حکم الفراش بالعقد ولم یشترط بعد ذلک وطء یلحق به الولد ومن ضعف فراشیة الامة
ودلالة تلک النصوص الموجبة لالحاق الولد به علی تقدیر کونه مولودا فی وقت یمکن تخلقه من
ذلک الوطء فیبقی غیره علی الاصل ولا اشکال فی انتفایه عنه بنفیه انما تظهر الفایدة لو لم ینفه فهل
یلحق به ظاهرا بمجرد الوطء السابق ام یتوقف علی الاقرار به یبنی علی الوجهین والاظهر الثانی وان لم
یحکم بکونها فراشا فمقتضی کلام المص والشیخ والعلامة وغیرهم انه لا یلحق ولدها به الا باقراره وان
اقر بوطیها او ثبت بغیر الاقرار وهذا هو الذی یناسب الحکم بعدم الفراش به لان الاصل عدم انتسابه
الیه بدون الاقرار وقال فخر الدین فی شرحه ان معنی کونها لیست فراشا انه لا یلحق ولدها به الا
باقراره او بوطیها وامکان لحوقه به وکانه حاول بذلک الجمع بین حکم الاصحاب بکونها لیست فراشا
مطلقا وبین حکمهم فی باب الحاق الاولاد فی باب لحوق ولد الامة بالمولی الواطی وانه یلزمه الاقرار به
حیث یمکن کونه منه وانه لو وطاها غیره الحق به دون الغیر من غیر تقیید باقراره به فجعل مستند
ذلک الوطء الواقع من المولی واقامه مقام الاقرار به من غیر ان یعلم بکونه واطیا ویضعف بان
الحاقه مع وطیه لها من لوازم الفراش کما سبق فلو جعل مترتبا علی عدمه لم یبق فرق بین الفراش
وغیره اللهم الا ان یجعل الوطء الموجب للفراش کافیا فی الحاق الولد بعد ذلک وان لم یمکن
استناده الی ذلک الوطء الشخص الثابت کما هو احد الاحتمالین فی المسیلة او یجعل هذا الوطء
القایم مقام الاقرار هو الوطء الذی یمکن استناد الولد الیه ومع ذلک ففیه مخالفة لما ذکره
الجمیع فی معنی الفراش فانهم اطبقوا علی ان فایدته لحوق الولد به مع امکانه وان لم یعترف
وعدم لحوقه بمن لیست فراشا الا باقراره والوجه ان الاکتفا بالوطء فی هذا القسم لیس فی محله

وانما محله على تقدير كونها فراشا لان الوطء لابد من العلم به ليتحقق به كون الامة فراشا كما
تحقق واما ما ذكروه في باب الحاق الاولاد فهو منزل على ان ذلك الحكم الذي يلزم المولى فيما بينه
وبين الله تعالى يعني انه اذا وطى الامة وطيا يمكن الحاق الولد به يجب عليه الاعتراف به واستلحاقه
ولا يجوز له نفيه عنه بتهمة امه الا على تلك الرواية واما بالنسبة الينا فلا يحكم بالحاقه به ما لم
يعترف به بحيث نجعلها فراشا وهكذا القول فيما لو وطاها المولى وغيره فانه يحكم به للمولى
دون الغير اذا كان وطوه فجورا ولكن بالنسبة الينا لا يحكم به الا باعترافه به وكذا القول في
ولد المتعة فانهم حكموا بكونها ليست فراشا مع حكمهم ايضا بلحوق الولد به وورود النصوص
بذلك كصحيحة محمد بن مسلم عن ابي عبد الله ع قال قلت له ارايت ان حملت قال هو ولده
ورواية محمد بن اسماعيل بن بزيع قال سال رجل الرضا ع وانا اسمع عن الرجل يتزوج المراة متعة
ويشترط عليها ان لا تطلب فتاتي بعد ذلك بولد فينكر الولد فشدد في ذلك وقال يجحد وكيف
يجحد اعظاما لذلك قال الرجل فان اتهمها قال لا ينبغي لك ان تتزوج الا مامونة ان الله يقول الزاني
لا ينكح الا زانية او مشركة والزانية لا ينكحها الا زان او مشرك وحرم ذلك على المومنين ولا
فرق في الحكم بلحوق الولد به على التقديرين وبين كونه قد عزل عنها او عدمه وقد تقدم البحث
فيه وفي حسنة ابن ابي عمير وغيره قال الماء ماء الرجل يضعه حيث يشاء الا انه ان جاء بولد لم ينكره
وشدد في انكار الولد قوله ولا يصح الا عند الحاكم او من نصبه لذلك ولو تراضيا برجل من العامة
فلاعن بينهما جاز ويثبت حكم اللعان بنفس الحكم وقيل يعتبر رضاهما بعد الحكم :. المراد بالحاكم
هو الامام ومنصوبه من نصبه للحكم عموما او للعان خصوصا ويشترط في منصوبه ما يشترط
في غيره ممن ينصبه الامام للحكم بين الناس لان اللعان ضرب من الحكم بل هو اقوى افراده لافتقاره
الى سماع الشهادة او اليمين والحكم بالحد ورفعه بالشهادة بعد ذلك واليمين وحكمه بنفي
الولد وغير ذلك ولهذا يفرق بينه وبين الفرقة بغيره كالطلاق حيث لا يتوقف على الحاكم
والمراد بالرجل العامي الذي تراضى به الزوجان الفقيه المجتهد حال حضور الامام لكنه غير منصوب
من قبله وسماه عاميا بالاضافة الى المنصوب فانه خاص بالنسبة اليه وقد اختلف في جواز اللعان
به نظرا الى ان حكمه يتوقف على التراضي والحكم هنا لا يختص بالزوجين المتراضيين بل يتعلق
بالولد ايضا فلا يوثر رضاها في حقه الا ان يكون بالغا ويرضى بحكمه خصوصا لو اعتبرنا تراضيهما

بعد

بعد الحكم لان اللعان لا يقع موقوفا على التراضي لانه لازم بتمامه لزوما شرعيا ولا لظهور الصحة
ولزوم حكمه من غير ان يعتبر رضاهما بعده والقولان للشيخ في المبسوط والخلاف وسياتي
تحقيقه في كتاب القضا انشاء الله تعالى هذا كله في حال حضور الامام كما ذكرناه اما في حال
الغيبة فينفذ فيه حكم الفقيه الجامع لشرايط الفتوى لانه منصوب من قبل الامام على العموم
كما يتولى غيره من الاحكام ولا يتوقف على تراضيهما بعده لان ذلك مختص بقضاء التحكيم قوله
وصورة اللعان ان يشهد الرجل اربع مرات انه لمن الصادقين فيما رماها به ثم يقول عليه لعنة
الله ان كان من الكاذبين ثم تشهد المراة بالله اربعا انه لمن الكاذبين فيما رماها به ثم تقول
ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين :. كلمات اللعان خمس وهي ان يقول الزوج اربع
مرات اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميت به زوجتي من الزنا ويعينها ثم يقول في الخامسة
ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا ويعرفها كالسابق واذا كان
هناك ولد ينفيه يتعرض اليه في كلمات الخمس فيقول ان الولد الذي كان حاضرا من الزنا وما هو
مني ولو جمع بينهما كان اولى لرفع احتمال الارادة بكونه ليس منه لشابهة في الخلق والخلق
وتقول المراة اربع مرات اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا وفي الخامسة غضب
الله عليها ان كان من الصادقين فيما رماها به من الزنا ولا تحتاج هي الى ذكر الولد لان لعانها
لا يوثر فيه ولو تعرضت له لم يضر فتقول هذا الولد ولده ليستوي اللعانان ويتقابلا قوله
فالواجب التلفظ بالشهادة على الوجه المذكور وان يكون الرجل قائما عند التلفظ وكذا
المراة وقيل يكونان جميعا قائمين بين يدي الحاكم الى قوله لم يجز :. يعتبر في اللعان امورا
التلفظ بالشهادة على الوجه الذي ذكرناه فلو ابدل صيغة الشهادة بغيرها كقوله شهدت
كقوله شهدت بالله او انا شاهد او احلف بالله او اقسم او اولي او ابدل لفظ الجلالة كقوله اشهد
بالرحمن او بالخالق ونحوه لم يقع لانه خلاف المنقول شرعا وكذا لو ابدل كلمة الصدق والكذب
بغيرها وان كان بمعناها كقوله اني الصادق او من الصادقين بغير لام التاكيد او لبعض
الصادقين او لعانت او قالت المراة انه كاذب او لكاذب او ابدل اللعن بالابعاد او الطرد او لفظ
الغضب بالسخط او احدهما بالاخر وان كان الغضب اشد من اللعن ولذلك خص بجانب
المراة لان جريمة الزنا منها اقبح من جناية القذف منه وكان كل مغضوب عليه ملعون ولا ينعكس
والوجه في الجميع اتباع المنصوص ب قيام كل منهما عند لفظه على ما اختاره المص وقيل الصدوق

والشيخ فى المبسوط ورواه الصدوق قال سئل البزنطى ابا الحسن الرضا عم فقال له اصلحك الله كيف
الملاعن قال يقعد الامام ويجعل ظهره الى القبله ويجعل الرجل عن يمينه والمراة والصبى عن يساره
قال وفى خبر آخر ثم يقول الرجل نيحلف اربع مرات الى ان قام ثم تقوم المراة فتحلف اربع مرات
وذهب الاكثر ومنهم الشيخ فى النهاية والمفيد واتباعهما واكثر المتاخرين الى انهما يكونان قايمين
عند تلفظ كل منهما لصحيحة عبد الرحمن بن الحجاج قال ان عباد البصرى سئل اباعبدالله عم وانا
حاضر كيف يلاعن الرجل المراة فقال ابو عبد الله عم وحكى قضية الرجل الذى جاء الى النبى صلى الله
عليه وآله واخبره عن اهله الى ان قال فاوقفهما رسول الله صلى الله عليه وآله ثم قال للزوج اشهد
اربع شهادات الحديث وحسنة محمد بن مسلم عن الباقر عم قال سألته عن الملاعن والملاعنه
كيف يصنعان قال يجلس الامام مستدبر القبله فيقيمهما بين يديه مستقبلا بحذايه ويبدا بالرجل
ثم بالمراة وهذا اصح ج ان يبداء الرجل اولا بالشهادة ثم باللعن على الترتيب المذكور ثم المراة
مقدمة للشهادة ثم الغضب للاتباع فلو بدات المراة باللعان لغا وكان لعانها لاسقاط الحد انما
يجب الحد عليها بلعان الزوج فلا حاجة بها الى ان تلاعن قبله خلافا لبعض العامة حيث جوز
تقدم كل منهما وكذا لو قدم اللعن على الشهادة او قدمت الغضب عليها لما ذكر ولان المعنى ان كان
من الكاذبين فى الشهادات الاربع فاعتبر تقدمها خلافا لبعض العامة استنادا الى عدم اختلاف
المعنى وهو ممنوع د ان يعينها بما يزيل الاحتمال باسمها وانسبها قدر ما يحصل به التميز ان
كان له زوجتان فصاعدا ولا اكتفى بقوله زوجتى ولو كانت حاضرة تخير بين ذلك وبين الاشارة
اليها ولو جمع بين الاشارة والتسميه كان اولى لان اللعان مبنى على التغليظ والاحتياط
فتاكد الاشارة بالتسميه والقول فى تعريفها له غايبا وشاهدا كالعكس ه ان يكون النطق فى
جميع ذلك باللفظ العربى بالعربية مع القدرة لان الشرع ورد بها فلا عدول عنها عند القدرة
وبدونها ياتى بالممكن منهما فان تعذر جميع ذلك لاعن باى لسان شاء لحصول الغرض من
الشهادة واليمين ثم ان كان الحكم يحسن تلك اللغة فلا حاجة الى المترجم والا افتقر الى مترجمين
ولا يكفى الواحد لانه شهادة ولا يفتقر الى الزايد اما فى جانب المراة فلانها تلاعن لنفى الزنا لا
لاثباته واما فى جانب الرجل فلانهما ليسا شاهدين بالزنا وانما يشهدان على لفظه واعلم ان قوله
ويجب البداة بالشهادات الخ مستدرك لاستغنائه عنه بقوله فالواجب التلفظ بالشهادة على
الوجه المذكور وقوله ان يبدأ الرجل بالتلفظ على الترتيب المذكور وبعده المراة وكذا الاخير

للعادة

لاعادة قوله ولو قال احدهما عوض اشهد بالله احلف الخ لدخوله فى السابق ولو انه عطفه بالفاء
جاز كونه تفصيلا بعد الاجمال اما مع عطفه بالواو فلا وجه لاعادته قوله والمندوب ان يجلس الحاكم
مستدبر القبلة وان يقف الرجل عن يمينه والمراة عن يمين الرجل وان يحضر من يسمع اللعان
وان يعظ الحاكم ويخوفه بعد الشهادة قبل ذكر اللعن وكذا فى المراة قبل ذكر الغضب هذه جملة
من سنن اللعان آ ان يجلس الحاكم مستدبرا للقبلة ليكون وجههما اليها لجلوسه لغيره من
مواضع الحكم ب ان يقف الرجل مقابلا وجهه عن يمينه وتقف المراة عن يمين الرجل الا اعتبرنا
وقوفهما والا كانت على يمينه الى ان يفرغ ثم تقوم وقد دل على هذين رواية احمد بن ابى نصر عن
ابى الحسن عم قال قلت اصلحك الله كيف الملاعنه قال يقعد الامام ويجعل ظهره الى القبله
ويجعل الرجل عن يمينه والمراة عن يساره وليس فى الرواية ان الزوجين يستقبلان ولذلك
اطلق المص وجماعة ج ان يحضر جماعة من اعيان البلد وصلحايه فان ذلك اعظم للامر
وللاتباع فقد حضر اللعان على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله جماعة من الصحابه منهم ابن
عباس وابن عمر وسهل بن سعد وهم من احداث الصحابه فاستدل به على انه حضر جمع كثير فان
العاده ان الصغار لا يحضرون وحدهم واقل ما يتادى الوظيفه اربعة نفر فان الزنا يثبت بهذا
العدد فيحضرون لاثباته د ان يعظ الحاكم بعد الشهادات ويخوفه بالله تعالى ويخبره ان
عذاب الاخرة اشد من عذاب الدنيا ويقرا عليهم الذين يشترون بعهد الله وايمانهم ثمنا
قليلا وروى انه صلى الله عليه وآله قال للمتلاعنين حسابكما على الله احدكما كاذب فهل
منكما تايب وعن الصادق عم انه صلى الله عليه وآله قال للرجل لما شهد اتق الله فان لعنة الله
شديدة ثم قال له اشهد الخامسه وكذا يفعل بالمراة قبل ذكر الغضب وفى الرواية انه صلى الله
عليه وآله قال لها اتقى الله فان غضب الله شديد ثم قال لها اشهدى الخامسه قوله ويغلظ
اللعان بالقول والمكان والزمان ويجوز اللعان فى المساجد والجوامع اذا لم يكن هناك مانع
من الكون فى المسجد فان اتفقت المراة حايضا انفذ اليها الحاكم من يستوفى الشهادات وكذا
لو كانت غير برزة لم يكلفها الخروج عن منزلها وجاز استيفاء الشهادات عليها فيه تغليظ اللعان
بهذه الامور مشروع فى الجملة اعم من كونه واجبا او مندوبا او جايزا بالمعنى الاخص وليس فى عبارة
المص ما يدل على واحد منها بعينه وصرح غيره بالاستحباب والطلق شئ كما ذكر والاظهر ان التغليظ التغليظ
بالمكان والزمان مستحب واما التغليظ بالقول فان فسر بانه تكرار الشهادات اربع مرات كما فسره

به في التحريم فلا ريب في وجوبه وان فسر بذكر ما يناسب من اسماء الله تعالى المؤذنة بالانتقام
كما سياتي في يمين الدعاوى فهو مستحب ولا يخل بالموالاة لانه من متعلقاته والمراد بالتغليظ بالمكان
ان يجرى اللعان في اشرف المواضع من البلد كبين الكعبة والمقام ان كان بمكة وهو المسمى بالحطيم
وفي الروضة وهي ما بين قبر النبي صلى الله عليه وآله ومنبره ان كان بالمدينة وبالمسجد الاقصى عند
الصخرة ان كان بيت المقدس وفي ساير البلاد في المسجد الجامع عند المنبر والمشاهد المشرفة
ان اتفق عندها ويلاعن بين اهل الذمة اذا ترافعوا الينا في المواضع الذي يعظمونه كالكنيسة
لليهودية والبيعة للنصرانية وهل يلاعن بين المجوس في بيت النار وجهان من انه ليس له حرمة
وشرف بخلاف البيعة والكنيسة ومن ان المقصود تعظيم الواقعة وزجر الكاذب عن القذف
واليمين في الموضع الذي يعظمه الحالف اغلظ ويجوز ان يراعى اعتقادهم بشبهة الكتاب كما روعي
في قبول الجزية اما بيت الاصنام فلا عبرة به في لعان الوثنيين مطلقا لانه لا اصل له في الحرمة
عند الله تعالى بخلاف السابق واعتقادهم غير مرعي بمجرده فيلاعن بينهم في مجلس الحكم
ولو كان الزوج مسلما والمراة ذمية لاعن كل واحد منهما في الموضع الذي يعظمه والتغليظ
بالزمان ايقاعه في وقت شريف كيوم الجمعة وبعد العصر فان اليمين الاثمة اغلظ عقوبة
وفسر قوله تعالى تحبسونهما من بعد الصلوة فيقسمان بالله بعد صلوة العصر وعن النبي
صلى الله عليه وآله انه قال ثلثة لا يكلمهم الله ولا ينظر اليهم ولهم عذاب اليم رجل حلف
يمينا على مال مسلم فاقتطعه ورجل حلف على يمين بعد صلوة العصر فقد اعطى بسلعته اكثر
مما اعطى وهو كاذب ورجل منع فضل الماء وانما يغلظ في المساجد حيث لا يكون هناك مانع
يمنع منها كما لو كانت المراة حايضا او مريضة او غير برزة فيبعث اليها نايبا فيستوفي منها
الشهادات ولا يشترط فيه الاجتهاد كما لا يشترط فيمن يرسله لتحليفها في الدعاوى ولو
احضر الحايض الى باب المسجد ولاعنها كان اقرب الى التغليظ والمراد بغير البرزة من لا تعتاد
الخروج الى مجامع الرجال قوله قال الشيخ اللعان ايمان وليس شهادات ولعله نظر الى اللفظ
فانه بصورة اليمين اختلف العلماء في اللعان هل هو شهادات او ايمان فذهب ابن الجنيد
الى الاول وهو الظاهر من مذهب المصنف لكثرة اطلاقه عليه الشهادة ونسب القول بكونه
يمينا الى الشيخ وهو اختيار العلامة في القواعد وذهب الشيخ والعلامة في المختلف في جماعة
آخرين الى انه ايمان واستدل للاول بقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم فشهادة

احدهم

احدهم اربع شهادات الآيات فقد اطلق عليه لفظ الشهادة في خمسة مواضع وكنى عنها
في موضعين وقول النبي صلى الله عليه وآله للرجل الذي لاعن بينه وبين زوجته اشهد
اربع شهادات بالله انك لمن الصادقين الى ان قال للمراة اشهدي اربع شهادات بالله
ان زوجك لمن الكاذبين وقول الصادق ع قال ليس بين خمس نساء وازواجهن
ملاعنة الى ان قال والمجلود في الفرية لان الله تعالى يقول ولا تقبلوا لهم شهادة
ابدا وبانه يعتبر فيه التصريح بلفظ الشهادة وبانه يدرء به الحد عنه ويثبت به عليها كالبينة
بخلاف اليمين فانها لا تدخل في الحدود ويرد عليها اذا امتنع من اللعان ثم رجع
فيه يمكن منه كمن يمتنع من اقامة البينة والناكل عن اليمين لا يعود اليها واستدل للثاني بقوله
تعالى انه لمن الصادقين وبالله انه لمن الكاذبين بباء القسم وذكر الله المقسم به ولفظ الشهادة
لا يتوقف على جعلها بالله وبقول النبي صلى الله عليه وآله لهلال بن امية احلف بالله الذي
لا اله الا هو انك لصادق وانه لما اتت المراة بالولد على النعت المكروه قال صلى الله عليه وآله
لولا الايمان لكان لي ولها شان وبانه يصح من الفاسق والكافر وشهادتهما غير مقبولة
ويستوي فيه الذكر والانثى وليسا في الشهادة مستويين وبان اللعان يوتى به في معرض
الخصومة ويلاعن الملاعن لنفسه وشهادة الانسان لنفسه غير مقبولة واجاب في المختلف
عن تسمية شهادة بان الله تعالى قد سمى اليمين شهادة كما في قوله تعالى نشهد انك
لرسول الله وفيه ان الواقع من المنافقين شهادة موكدة باليمين بقرينة اللام الموطئة
للقسم وذلك لا يخرجها عن الشهادة والاصل في الاستعمال الحقيقة والاولى ان يقال انه
يمين فيه شايبة الشهادة بدليل ما ذكرناه من الخواص المنافية لكونها شهادة محضة مع
تسمية شهادة وبهذا يجمع بين الادلة ويتفرع على القولين لعان الكافر والمملوك على الزوجة
الذي لا يقبل فيه شهادته اما المراة فلعانها مقبول وان كانت شهادتها في مثل ذلك غير
مقبولة فان جعلناه ايمانا فلا اشكال والا كان خارجا بالنص كما قبلت شهادتها في الوصية
بالمال ونظايرها به قوله يتعلق بالقذف وجوب الحد في حق الرجل وبلعانه سقوط الحد
في حقه ووجوب الحد في حق المراة ومع لعانها ثبوت احكام اربعة سقوط الحدين وانتفاء
الولد عن الرجل دون المراة وزوال الفراش والتحريم المويد الذي يفتتح به احكام اللعان
ان الزوج غير محمول على اللعان بعد القذف بل اذا امتنع حد كالاجنبي اذا قذف ولم

بخلاف اليمين فانها

والاحكام فسابل

نعم البيّنه لكنه يمكن من اللعان للضرورة الداعية اليه وكذا المرأة غير محمول على اللعان
بعد لعان الرجل فان تركته حدّت لقيام شهاداته الاربع مقام اربع شهود عليها بالزنا
فان لاعنه سقط عنهما الحدّ وعند بعض ان قذف الزوج لا يوجب الحد عليه لكنه يوجب
اللعان فان امتنع حبس حتى يلاعن واللعان عقوبة القذف دون الحد وكذلك قال
اذا لاعن الرجل لا تحدّ المرأة بل تحبس الى ان تلاعن لنا دخوله فى عموم قوله تعالى والذين
يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة وقوله تعالى ويدرؤ
عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات بالله ولا عذاب عليها بدون الشهادة سوى الحدّ
والحبس لا يسمى عذابًا بل لا دليل عليه بخلاف الحدّ فان شهادته عليها بمنزلة اقامة الشهود
على الزنا ومن ثم اندفع به عنه الحدّ مكان قرينة العذاب هو الحدّ وقول النبى صلى الله عليه لكونه
وآله لهلال بن اميه لما قذف زوجته البينة او حد فى ظهرك فقال هلال والذى بعثك بالحق
انى لصادق ولينزلن الله ما يبرئ ظهرى من الحد فنزلت الايات فارسل اليها فجاء هلال
فشهد والنبى صلى الله عليه وآله يقول ان الله يعلم ان احدكما كاذب فهل منكما تايب ثم
قامت فشهدت فلما كان عند الخامسة وقفوها وقالوا انها موجبة فتلكات ونكصت حتى
ظننا انها ترجع ثم انها قالت لا افضح قومى ساير اليوم فمضت الحديث وفى آخره فقال النبى
صلى الله عليه وآله لولا الايمان لكان لى ولها شان ثم يتعلق بلعانهما اربعة احكام احدها
سقوط الحدين كما عرفت والثانى انتفاء الولد عن الرجل دون المرأة ان كان اللعان لنفيه
وفى حديث ابن عباس ان النبى صلى الله عليه وآله لما لاعن بين هلال وامرأته فرق بينهما
وقضى الا يدعى ولدها لاب ولا يرمى ولدها من رماها او رمى ولدها فعليه الحد قيل وكان
بعد ذلك اميرًا على مصر وما يدعى لاب والثالث زوال الفراش والرابع التحريم وقال لو اكذب نفسه الموبد ويدل عليهما قول النبى صلى الله عليه وآله فى ذلك الحديث
كان له ان يجدد نكاحها والحديث الصحيح حجة عليه ولك ان ترد هذه الاحكام الى ثلثه ففرق رسول الله صلى الله عليه وآله بينهما وقال لا يجتمعان ابدا
لان زوال الفراش يدخل فى التحريم المؤبد وانما جمع بينهما لان التحريم المؤبد قد يجامع الفراش وقال بعض العامة نفى تأبيد التحريم ص
كالمفضاة وهذه الفرقة تحصل ظاهرًا او باطنًا سواء كان الزوج صادقًا ام هى صادقة خلافًا
لبعض العامة حيث حكم بانه مع صدقها لا يحصل باطنًا قوله ولو اكذب نفسه فى اثناء اثناء
اللعان او بعد ثبت عليه الحدّ ولم يثبت عليه الاحكام الباقية فلو نكلت هى او اقرت رجمت وسقط
الحد عنه ولم يثبت زوال الفراش ولم يثبت التحريم لما كان ثبوت هذه الاحكام مترتبًا على اللعان

الذى

مسالك

الطلاق ما دامت فى عدة ولا يخفى ان الراوى الاول فطحى والاخر واقفيان ضعيفان فكيف تعارض الاخبار الصحيحة
الكثيرة ومع ذلك فما يدل عليه من جواز اتباعها الطلاق ما دامت فى العدة لا يقولون به لانهم لا يعتبرون
اتباعه له بغير فصل فما يدل عليه لا يقولون به وما يقولون به لا يدل عليه وايضا ليس فيهما ان اتباعه بالطلاق متعينا
بحيث يقع بدونه لاعيا وجاز حمل اتباعه على وجه الاكملية وينبه على ذلك قوله عليه السلام فى عدة اخبار
ولو كان لم يكن الطلاق الا للعدة فان ذلك محمول على الاكملية للاجماع على جواز الطلاق لغير العدة والشيخ
رحمه الله ولو كان حمل تلك الاخبار على التقيه واستشهد عليه بقوله عليه السلام ولو كان الامر الينا الخ وهذا
الحمل انما يتجه لو وجد لها معارض يصلح للاعتماد وهو منتف من ذلك الجانب كما علمت ومن العجب ان تطرح تلك الاخبار
الكثيرة الصريحة الدلالة لاجل هذا الخبر الضعيف الذى لا يدلّ على المطلوب واعجب منه موافقة الشهيد رحمه الله
له فى اللمعة مع جلالته واطلاعه على نقد الاحاديث وسبر الادلة مضافًا الى محققى الاصحاب اليه ثم تنبه لامور اجعل
المص صيغة الخلع قوله خلعتك الخ من غير ان يذكر ما يدل على طلبها ذلك وقبولها يقتضى ان الخلع منحصر فى لفظه
ولا مدخل للفظها فى حقيقته وان كان مشروطًا به فيكون الخلع حينئذ من باب الايقاعات حتى تتم صيغته
بواحد وصرح العلامة وغيره باعتبار قبولها او سبق سؤالها وانه يشترط التطابق بينهما وعدم تخلل زمان
معتد به كما يعتبر ذلك بين الايجاب والقبول وهذا هو الاجود وح فيلحق بباب العقود الا ان ما يعتبر من جانبها
لا ينحصر فى اللفظ بل ما دل على طلب الابانة بعوض معلوم ولا وقوعه بلفظ الماضى وما فى معناه بل لو وقع
بصيغة الامر كقولها اخلعنى بكذا او طلقنى بكذا او نحو ذلك ولعل مثل ذلك هو الموجب بجعل المص الخلع عبارة الخلع ص
عن قول الزوج ذلك لانه هو اللفظ الذى يعتبر مراعاته بما يعتبر فى الفاظ العقود والايقاعات ولا يخفى ما فيه
ولعل السر فى الفرق بين الصيغتين منه ومنها انه من جانبه لازم فلا بد له من صيغة خاصة كنظايره من العقود من ص
والايقاعات اللازمة ومن جانبها جائز لان الواقع من جانبها هو بذل المال ويجوز لها الرجوع فيه فيلحقه
من طرفها حكم العقود والايقاعات الجايزة من عدم افتقارها الى لفظ مخصوص وما يعرض للزوم من جانبه
من الجواز بعد رجوعها فهو حكم متاخر عن وقت ايقاع الصيغة فلا يغير لازمًا به حينئذ ب قد علم ما كان ص
مما قررناه ان حقيقة الخلع هى قول الزوج ذلك لانه هو الموجب للبينونة بنفسه او هو مع سؤال المرأة وقبولها
كما سياتى تحقيقه لان السبب لا يتم الا بهما فيكون مركبا منهما ويمكن مع ذلك ان يجعل سؤالها شرطا فى صحته وماهيته
منحصرة فى لفظ الزوج لانه هو الخالع للباسها حقيقة واما جعل الخلع هو بذل المرأة لزوجها الا ما فدته لنفسها
كما عرفه فى التحرير ففى غاية الرداءة كما لا يخفى وعلى تقدير جعله مركبا من اللفظين يعرف بانه ازالة قيد النكاح
بعوض مقصود لازم لجهة الزوج مستندا الى كراهة المرأة للزوج دونه فان الابانة المذكورة لا تتحقق الا باللفظين

فيهما ويمكن ان يكون وجه جعل المص الخلع هو قول الزوج ذلك ما في الاخبار السابقة وغيرها انه طلاق والطلاق يتحصر في لفظ الزوج وان توقف على امر آخر من جهتها يجعل شرطا فيه لا جزءا منه ولعل هذا اجود ج وقع في عبارة الرواية الصحيحة ما حكيناه من قوله ليس ذاك اذا خلع بضم العين وهو الموجود في نسخ التهذيب والصواب اثبات الالف لانه خبر ليس فيكون منصوبا واما ما تكلف لها شيخنا الشهيد في شرح الارشاد من كون اسم ليس ضمير الشان فلا يناسب التركيب ولا يدفع الفساد اذ لا يصلح الباقي للخبرية مفردا ولا جملة وذكر انه وجد بخط بعض الافاضل مضبوطا اذا خلع بفتح الخاء واللام والعين بجعله فعلا ماضيا واستحسنه وليس بشيء ايضا لان المسؤول عنه هو الخلع وانه هل يقع بطلاق ام لا فيبقى التقدير ليس ذاك الخلع الذي يتبع بالطلاق اذا خلع وهو تركيب ردي ونقل عن بعض نسخ التهذيب ان فيها خلعا بالالف على القانون العربي وهو الصواب ومثل هذا السهو وقع في التهذيب كثيرا في نسخة الاصل فلا وجه لمثل هذا الالتزام والتكلف قوله ولا يقع بقوله فاديتك مجردا عن لفظ الطلاق ولا فسختك ولا ابنتك ولا بتتك ولا بالتقايل انما لم يقع بهذه الالفاظ لانها ليست صريحة فيه وانما هي كنايات عنه وهو لا يقع عندنا بالكنايات كالطلاق تمسكا بالزوجية الى ان يرد دليل يثبت به زوالها شرعا وخالف في ذلك العامة فاوقعوه بجميع ذلك وجعلوها كنايات تتوقف على النية وبعضهم جعل اللفظين الاولين صريحين فيه لورود الاولى في قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به ولان الثانية اشد دلالة على حقيقته من لفظ الخلع بناء على انه فسخ لا طلاق وعلى تقدير كونه طلاقا فهو كناية قطعا ويضعف الاول بان مجرد وروده في القران اعم من كونه صريحا ولانه لا يتكرر ولا شاع في لسان حملة الشرع فلم يلحق بالصريح ومثله ورود الامساك في الرجعة والتسريح في الطلاق وفك الرقبة في العتق فانها اطلاقات خفية المعنى لا يظهر في تلك المعاني الا بانضمام القرائن قوله وهل يقع بمجرده من دون طلاق مع الاجتزاء بلفظ الخلع هل يكون فسخا او طلاقا قال المرتضى هو طلاق وهو المروي وقال الشيخ الاولى ان يقال فسخ وهو تخريج فمن قال هو فسخ لم يعتد به في عدد الطلاق هذا الخلاف متفرع على الخلاف السابق فانا اذا اعتبرنا اتباعه الطلاق فالمعتبر في وقوع النكاح هو الطلاق واضافة الخلع اليه تفيده الفائدة لان تملك الزوجة ... الا انها يحصل بالطلاق في مقابلة العوض بل بينته مع سؤال المراة وان قلنا بوقوعه مجردا فهل يكون فسخا او طلاقا بمعنى عده في الطلقات قال المرتضى وابن الجنيد واكثر المتاخرين هو طلاق لما روي عن النبي صلى الله عليه وآله لما خلع عنه ثابت بن قيس امراته قال هي واحدة وللتصريح به في الاخبار السابقة التي استدلنا بها على عدم اشتراط اتباعه بالطلاق حيث جعله نفسه طلاقا وفي رواية ابي بصير عن ابي عبد الله عليه السلام وكانت يعني المختلعة على تطليقتين باقيتين وكان الخلع تطليقة ولان الفسخ لا يملكه الزوجان بالتراضي بخلاف الطلاق اذ ليس هناك قسم آخر ولانه فرقة لا يملكها غير الزوج والفسخ يملكه كل منهما وقال الشيخ محتجا على القول بتجرده انه فسخ لانه ليس بلفظ الطلاق

الخلع

الطلقات

وهو لا يقع

وهو لا يقع عندنا بالكنايات ولانه لو كان طلاقا لكان رابعا في قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به لان قبله الطلاق مرتان وبعده وان طلقها فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره فذكر تطليقتين والخلع وتطليقة بعدها ولانها فرقة خلت عن صريح الطلاق ونيته فكان فسخا كسائر الفسوخ والاصح الاول للنصوص الصحيحة الصريحة فيه من غير معارض ويتفرع على ذلك عده في الطلقات الثلث المحرمة على القول بانه فسخ لا يعد فيها ويجوز تجديد النكاح والخلع من غير حصر ولا احتياج الى محلل في الثالث وبخلاف ذلك لو قيل انه طلاق قوله ويقع الطلاق مع الفدية بائنا وان انفرد عن لفظ الخلع اذا وقع الطلاق مع الفدية سواء كان بلفظ الخلع وقلنا انه طلاق او اتبع به ام بلفظ الطلاق وجعله بعوض فانه يقع بائنا لا رجعيا للنصوص الدالة عليه وقد تقدم بعضها ووجهه وراء النص انه معاوضة محضة من الجانبين او شبيهة بها كالبيع والنكاح ومن ثم اشترط وروده على عوض النكاح او عوض جديد عنها واشترط فيه قبولها باللفظ من غير فصل وتطابق اللفظين فلو قالت خالعني بخمسين فخالعها بمائة لم يصح كالو باعه بمائة فقبل بخمسين والاصل في عقود المعاوضات اللزوم لعموم الآية وقوله صلى الله عليه وآله المؤمنون عند شروطهم ويستثنى من ذلك ما اذا رجعت في البذل فانه ينقلب رجعيا وسياتي البحث فيه واعلم انه مع اشتراك الخلع والطلاق بعوض في هذا الحكم يفترقان بان الخلع يختص بحالة كراهة الزوجة له خاصة كما انفرد المبارأة بكون الكراهة منهما واشتراك كون العوض بقدر ما وصل اليها منه بخلاف الطلاق بالعوض فانه لا يشترط فيه شيء من ذلك فكان التعبير به مع افادته المقصود من الخلع اولى خصوصا مع اشتباه حالهما في الكراهة واختلافهما قوله لو طلبت منه طلاقا بعوض فخلعها مجردا عن لفظ الطلاق لم يقع على القولين ولو طلبت خلعا بعوض فطلق به لم يلزم البدل على القول بوقوع الخلع بمجرده فسخا ويلزم على القول بانه طلاق وانه يفتقر على القول الطلاق اما لم يقع في الاولى لانه لم يات بما طلبت فلا يستحق ما بذلت لاجله لانها طلبت الطلاق وهذا مرتفع البينونة وترتفع به الزوجية اجماعا ويقع به نقصان الطلاق فيكون جزءا من المحرم بخلاف الخلع لما قد عرفت من الخلاف فيه فاما ان قلنا انه فسخ فكونه خلاف ما طلبته واضح وان جعلناه طلاقا فهو طلاق مختلف فيه وما طلبته لا خلاف فيه فظهر انه خلاف مطلوبها على القولين واما في الثاني وهو ما لو طلبت منه خلعا به فان جعلنا الخلع فسخا فطلق لم يلزم البذل لانه لم يات بما طلبت ويقع الطلاق رجعيا اذ لا مانع من صحته كذلك فانه غير مشروط بالعوض ولا بالتماسها ورضاها وان جعلنا الخلع طلاقا او مفتقرا الى الطلاق واتبعه به لزم البذل لاتيانه بما التمسه وزيادة كما علم من السابقة واعلم ان الخلع لا يتحقق عندنا الا بعوض فقوله طلبت منه خلعا بعوض اراد به عوضا معينا ذكرته كالالف احترازا عما لو اطلقت فقالت خالعني ولم تذكر العوض فانه لا يستحق عليها عوضا وقبلته بعد ذلك ان قلنا بالاكتفاء بقبولها قوله لو ابتداء فقال انت طالق بالف او وعليك

الطلقات م

فخلعها م

فطلق م

بايقاع الخلع الا اذا عين عوضا م

والف صح الطلاق رجعيا ولم يلزمها الالف به ولو تبرعت بعد ذلك بضمانها لانه ضمان ما لم يجب ولو دفعتها
اليه ولو كانت هبة مستانفة ولا نقيض المطلقة بدفعها بائنة يعتبر في صيغة الخلع وقوعها على وجه المعاوضة
بينه وبين الزوجة ويتحقق ذلك باحد امرين تقدم سوالها ذلك بعوض معين كقولها طلقني بالف او اخلعني
بالف فيجيبها على ذلك ويكفى في ظهور المعاوضة حينئذ اتيانه بالطلاق او الخلع مقرونا بذلك العوض ومجردا
عنه مع نيته كقوله انت طالق بالالف او عليها او على العوض المذكور او خلعتك عليها او بها او انت
طالق او مختلعة مجردا ناويا به كونه بذلك العوض لظهور المعاوضة مع تقدم ذكره من جانب الزوجة
كما لو قال بعني كذا وكذا فقال بعتك والثاني ابتداؤه به مصرحا بذكر العوض كقوله انت طالق بالف
او خلعتك بالف او عليها ونحو ذلك مع قبولها بعده بغير فصل يعتد به كغيره من المعاوضات فلو تخلف الامران
معا بان ابتدأت السوال بغير عوض كقولها طلقني او خالعني به فاجابها كذلك او اجابها بعوض ولم يحدد القبول
في مجلس او ابتداء ذكر العوض صريحا ولم يحصل منها القبول كذلك او اتى بلفظ لا يدل على العوض مع تقدم سوالها عدم
وان قبلت لم يلزم العوض بل ان كان قد اتى بلفظ الطلاق وقع رجعيا وان اتى بالخلع بطل اذا تجرد ذلك فلو
اذا ابتداء الزوج فقال انت طالق وعليك الف او ولى عليك الف وقع الطلاق بغير عوض ولم تلزم الالف لانها صيغة
اخبار لا صيغة التزام اذا لم يسبقه استيجاب يدل عليه ولم يجعله عوضا بل جملة معطوفة على الطلاق فلا تأثير لها
وتلغو في نفسها كما لو قال انت طالق وعليك حج وان قبلت لان قبولها انما وقع رضاء بما فعل ولم يقع منه ما يقتضى المعاوضة
بخلاف ما اذا كانت قد قالت طلقني فلك على الف او على الف فاجابها بذلك لوقوع الالتزام منها وهو الذى يتعلق بها
والزوج ينفرد بالطلاق فاذا لم يات بصيغة المعاوضة حمل كلامه على ما ينفرد به وكفاه نيته حتى لو اطلق وقال انت طالق عقيب
سوالها بالعوض كفى ذلك ولزمها المال لتحقق المعاوضة ووقوعها من جانب من وظيفته الالتزام منهما ووقوع الجزاء
ولو ابتداء فقال انت طالق بالف او على الف او خالعتك على الف او بالف فقد وقعت صيغة المعاوضة من جانبه فان لحقها
القبول منها في محله صح ولزم المال وان تقدم مع ذلك سوالها به فقد تمت المعاوضة من الجانبين وبما قررناه يظهر
الفرق بين الصيغتين اللتين اتى بهما المص وجعلهما غير ملزمتين للمال فان عدم لزومه في الاولى مشروط بعدم لحوق القبول
منها اذ الغرض كونها غير ملتمسة منه ذلك بخلاف الباقية فانها لا توجب التزام المال سواء قبلت ام لا لعدم دلالتها
على المعاوضة وضعا وان قصدا فلا بد من التعبير باللفظ الدال على المعنى المطلوب كغيرها من المعاوضات وعلى
قوله لم يلزمها الالف وان تبرعت بعد ذلك بضمانها يتم في الامرين على تقدير عدم قبولها ذلك كما هو ظاهر العبارة
لانه لم يذكر ما يدل على قبولها لذلك وتبرعها بالمال امر آخر غير التزام المعتبر ولا فرق حينئذ بين ان لا يقع قبولا اصلا
او يقع متراخيا عن لفظ الزوج ولو فرض انها قبلت صح في الاولى دون الثانية وللشيخ في المبسوط فرق

بين العبارتين

العبارتين فحكم في الثانية بما ذكره المص معللا بما ذكروه وحكم في الاولى بصحته مع قبولها وهو حسن والعلامة تبع المص
في العبارتين واجمل الحكم في الامرين مع انه قال في القواعد قبل ذلك ولو قال خالعتك على كذا فلا بد من القبول اذا لم يسبق السوال
وذلك يدل على صحة البذل في الاولى هنا اذ الحقها القبول اذ لا فرق بين قوله على كذا وبكذا بل الباء انص في تحقق
المعاوضة فانها هنا باء العوض والوجه في عدم الصحة في الاولى من المذكورات ثانيا ما ذكرناه من عدم وقوع القبول
المعتبر من جانب المرأة فان وقع منها لفظ الضمان فانه لا يعد قبولا بل اتيانا بلفظ فاسد الوضع هنا حيث انه
ضمان ما لم يجب وبهذا يندفع ما اورده شيخنا الشهيد في بعض حواشيه على القواعد من استشكال الجمع
بين عبارتيه حيث دلت الاولى على صحة الخلع اذا ابتداء الزوج بقوله خلعتك على كذا ولحقه القبول
ودلت الثانية على عدم الصحة حيث قال لو ابتداء فقال انت طالق بالف صح الطلاق رجعيا ولم يلزمها الالف
وان تبرعت بعد ذلك بضمانها قال الا ان يراد بالثاني التراخي فالاشكال اقل ولا يخفى عليك انه ليس في
عبارته الثانية ما يدل على وقوع القبول منها لا على الفور ولا على التراخي وانما ذكر تبرعها بدفع الالف
او بضمانها وهو امر مباين للقبول نعم قد يتوهم من عدم حكمهم بصحة البذل في المسئلتين كون الوجه فيه
عدم تقدم طلبها على ايقاع الصيغة وجعل تقدمه شرطا على كل حال نظرا الى ان الخلع او الطلاق
اذا تقدم على طلبها بالعوض يكون فيه شائبة التعليق من حيث ان وقوع الطلاق تترتب على قبول المال وبذله
كما يترتب الطلاق المعلق بالشرط عليه بخلاف ما اذا تقدم طلبها فان الواقع حينئذ يصير معاوضة محضة تشبه
الجعالة لانها تبذل المال في مقابلة ما يستقل به الزوج وهو الطلاق فاذا اتى به وقع الموقع وحصل غرضها
كما ان في الجعالة يبذل الجاعل المال في مقابلة ما يستقل به فاذا فعله وقع موقعه وحصل الغرض من غير
تعليق وجوابه ان الصيغة الاولى وان اشتملت على شائبة التعليق لكن لفظها خال عنه ومجرد المعنى انما هو
مقتضى المعاوضة فلا يقدح كما يقال ذلك في كل معاوضة فان من ابتداء البيع فقال بعتك بكذا معناه الكذا ان اعطيتني
العوض المعين وذلك لا يقدح في صحة البيع بخلاف ما لو صرح بالشرط المذكور في متن العقد وبالجملة
فهذا الشرط المفهوم من اللفظ هو مقتضى الخلع والطلاق بالعوض وغير مصرح به فلا يقدح بحال بقي في المسئلة
مباحث آ قول المص ولو تبرعت بعد ذلك بضمانها تبع فيه الشيخ في المبسوط واطلاق الضمان على التزامها ذلك
متجوز لان حقيقة الضمان التزام ما في ذمة الغير وهنا الالف غير ثابتة في ذمة احد ولو ثبتت في ذمتها فلا معنى
لضمانها لها وانما المراد من الضمان هنا غايته وهو التزامها لها في الذمة في الجملة وذلك لا يصح ايضا شرعا
لانه ضمان ما لم يجب كما علل لان ضمان ما لم يجب المانع من صحة الضمان المراد به ضمان شخص مالا عن آخر لم يجب المال
في ذمة ذلك المضمون والضامن هنا هو المضمون بل المراد ان التزامها لها بعد قوله ذلك على الوجه الذى فصلناه لا يوجب

المعين ملكتك الموضع

لثبتت م

لزومها لها الان ضمانها كذلك ليس من الاسباب المشغلة للذمة بما ليس فيها ولو فرض دفعها اليه على هذا الوجه
كان ابتداء اعطية يعتبر في صحتها ولزومها ما يعتبر في العطية ويظهر من المبسوط ان المراد بضمانها في هذه
الصور صور قبولها وجعله ضمانا من حيث اشتماله على الرضا بالتزام المال وعبر في المسئلة الاولى وهي قوله
انت طالق على الف كلها اذا ضمنت وقع الطلاق وعلله بان ضمانها وقع جوابا لكلامه وتوجيه عدم صحة الضمان [بانهما]
على هذا في الصيغة الثانية انها لم تشتمل على جعل الالف عوضا بل جعلها كلاما مستانفا كما مر فاذا قبلتها على هذا
الوجه كان قبول ما ليس بلازم ولا مرتبط بالطلاق الذي شرع جعله بعوض فكان قبولها لذلك التزاما لما لم يجب
وان وقع مقارنا بخلاف زمانها في الاولى يعني قبولها فانها دالة على جعل الالف عوضا وشرطا في الطلاق
فاذا قبلته على هذا الوجه لزم **ب** قد عرفت من تعليل المسئلتين ان المانع من صحة العبارة الاولى وهي قوله
انت طالق بالف اما عدم تقدم سوالها او عدم القبول بعده وان المانع من صحة الثانية وهي قوله وعليك الف
عدم تقدم سوالها لكونها غير صالحة بنفسها للمعاوضة ويتفرع على ذلك ما لو قال الرجل بعد قبولها
اقصدت في الثاني العوض واردت بقوله ولي عليك الف ما يعينه القائل بقوله طلقتك على الف فانه لا يصدق
لان ذلك خلاف مدلول اللفظ فلا يكفي قصده في لزوم العوض ولو وافقته المراة فوجهان من ان اللفظ لا يصلح
للالتزام فلا يؤثر مصادقتها على قصده ومن ان الحق عليها ومن الجائز ان يريد ان عليك الف عوضا عنه ونحو ذلك
والاجود الاول ويتفرع على الوجهين ما لو انكرت فانها تحلف على نفي العلم بقصده ذلك على الثاني دون
الاول لانها لو اقرت لم يؤثر ولو ادعى انه كان جوابا لاستدعائها وقولها طلقني بالف فان وافقته لزمها
الالف لا من حيث قوله وعليك الف بل بسبق الاستدعاء فانه لو اقتصر بعده على قوله انت طالق لزمها الالف
وان انكرت فالقول قولها فان حلفت فلا شيء عليها ووقع الطلاق بائنا لاعترافه بذلك وانما اضاف اليه دعواه
عليها العوض **ج** لو قال انت طالق على ان عليك الف فان كان قد سبق منها التماسه بذلك وقع لانه ادل على
الالتزام بالعوض من الثاني وان لم يسبق التماس وقبلت ففي الحاقه بالاولى او الثانية وجهان من توهم ظهورها
في ارادة العوض ومن كونها صيغة شرط في الطلاق بمعنى كونه قد علق طلاقها على شرط وهو ان يكون عليها
الف لا على وجه المعاوضة والاقوى الاول لما ذكرناه من ظهور ارادة العوض وكون الشرط ان يكون عليها
الف اذا التزمنا عوضا عن الطلاق فاذا قبلت وقع الطلاق ولزم العوض وفي المبسوط ساوى بين هذه الصيغة
والصيغة الاولى وحكم بصحة الطلاق ولزوم المال مع قبولها وجعل ضمانها كناية عنه وعلل الصحة بانه قد علق طلاقها
بشرط ان يكون عليها الف لضمانها لها ذكر فاذا ضمنت وقع الطلاق لان الصفة قد وجدت اذا كان ضمانها جوابا لكلامه
ان هذا الشرط لا يقدح في الصحة وانما هو بمنزلة القيد والصفة لايقاع الطلاق فهو كما اشرنا اليه سابقا [وحصل كلامه]

صيغة

صيغة متحققة فيها شائبة الشرط من حيث تقييد الطلاق بقصد العوض ويظهر منه انها اذا لم تقبل لا يقع
الطلاق رجعيا فانه قال فاذا ضمنت وقع الطلاق ومقتضى الشرط انه لا يقع بدون الضمان اعني القبول قال
والفرق بين قوله انت طالق على ان عليك الفا وبين قوله انت طالق وعليك الف هو انه اذا قال وعليك الف
لم يجعل الطلاق معلقا به وانما عطف به بعد وقوع الطلاق مجردا عن عوض فلهذا وقع الطلاق ولم يجب
عليها شيء وليس كذلك قوله على ان لي عليك الفا لانه ربط الطلاق بالالف وعلقه به وجعل الصفة فيه حصول
الالف عليها فلهذا لم يقع الطلاق الا بضمانها انتهى وهذا ايضا صريح في ان الطلاق لا يقع بدون ضمانها
رجعيا في هذه الصورة وجعل الحكم فيما اذا قال انت طالق على الف مثل ذلك **د** المراد بقوله صح الطلاق رجعيا
حيث لا يلزم العوض على تقدير كونها ذات عدة تقبل الرجعة فلو كانت المطلقة كذلك غير مدخول بها
او صغيرة او يائسة لم يكن الطلاق رجعيا كما لا يخفى وكذا لو كان هذا الطلاق ثالثا فانه لا يلزم من عدم
لزوم البدل كونه رجعيا وقد عبر بوقوع الطلاق على هذا التقدير رجعيا تبعه الشيخ وتبعه عليه المصنف
وغيره وليس على اطلاقه كما لا يخفى ومن هنا يتوجه ايضا الفرق بين الصيغتين المذكورتين وان الحكم بكون
الطلاق يقع رجعيا لا يتم الا على تقدير قوله وعليك الف حيث لم يربط العوض بالطلاق اما اذا ربطه به وجعله
عوضا بقوله على الف او على ان عليك الفا اشكل مع عدم قبولها وقوع الطلاق حيث لم يقصده مجردا خاصة
مع كونه غير رجعي فان الحكم بصحته يوجب لزومه له مع كونه لم يقصده اصلا بدون العوض فالحكم ببطلانه
لو لم يقبل المراة المال وتلزمه كما ذكره الشيخ في غاية القوة بخلاف قوله وعليك فانه قد قدم على الطلاق مجردا
وعطف عليه التزام ما لم يلزم فلا يقدح فواته في صحته كما قد تقرر **قوله** اذا قالت طلقني بالف كان الجواب
على الفور فان تاخر لم يستحق عوضا وكان رجعيا قد تقرر ان الخلع مشبه عقود المعاوضات او من جملتها لاشتمالها
على افتداء البضع بعوض مخصوص وهو يقتضي لفظا دالا على ارادتها بذل ما يجعله عوضا ولفظا منه
يدل على ابانتها بذلك فكان ذلك كالايجاب والقبول في العقود اللازمة ولو من طرف واحد فان ذلك لازم
من طرفه الى ان يرجع في البذل فلا بد من وقوعهما متعاقبين بحيث يدل على ان احدهما جواب للاخر والتزام به فان تقدم
التماسها فقالت طلقني بالف مثلا اعتبر كون جوابها على الفور بحيث لا يتخللهما زمان طويل ولا كلام
اجنبي يوجب رفع ارتباط احدهما بالاخر وان تقدم لفظه فقال خالعتك على الف مثلا اعتبر التزامها
بالالف وقبولها لها عقيب كلامه كذلك ومتى حصل التراخي بينهما طويلا على الوجه الذي مناه لم يستحق عوضا
ووقع الطلاق رجعيا بمعنى كونه صحيحا خاليا عن العوض فان كانت ذات عدة يجوز الرجوع فيها كان رجعيا
يجوز الرجوع فيها والا فلا كما قررناه سابقا وعلى تقدير كونه بائنا فالتقصير مستند اليه حيث اوقع الطلاق

بين م

باختياره على وجه لا يسلم له العوض وظاهر كلامه كغيره انه لا فرق في ذلك بين العالم بالحال والجاهل وهو يتم بغير اشكال
على تقدير كون الطلاق رجعيا كما اطلقه اما لو كان بائنا كطلاق غير المدخول بها مع تصريحه بقصد العوض
ولم يتعقبه قبولها على الفور فالحكم بصحة الطلاق على هذا الوجه بغير عوض لا يخلو من اشكال لعدم القصد اليه
ويتجه كلامه على اطلاقه على تقدير ان تقول طلقني ولك الف فتراخى ثم يقول انت طالق ولا يذكر العوض فانه حينئذ
طلاق مجرد عن العوض فلا يبعد القول بنفوذه كذلك اما مع تصريحه بالعوض وجهله بالحال وقصد الرجعة
فهو محل الاشكال وما وقفت هنا لاحد من المعتمدين على شيء يعتد به واعلم انه لا فرق مع تقدم سؤالها
بين قولها طلقني او خالعني بكذا او على كذا او على ان علي اعطيك كذا او في معناها ان طلقتني او اذا طلقتني ١ ٢ — او على ان م / ١ او متى ما طلقتني / ٢ كذا او ان اعطيتني
فلك كذا بخلاف قول الرجل متى ما اعطيتني وغير ذلك من ادوات الشرط فانه لا يقع ولا فرق في جميع ذلك
بين ان يقيد الرجل ذكر المال بعد صيغة الخلع او الطلاق وعدمه لانصراف الجواب الى السؤال كما اذا قال
البايع بعت بكذا فقال اشتريت واقتصر عليه فانه يكفي ولو قالت طلقني ولك علي الف فقال انت طالق صح
ذلك ولزمها الالف لان هذه الصيغة تصلح للالتزام كما قال تعالى ولمن جاء به حمل بعير والاتيان بها عقيب سؤال
الطلاق قرينة دالة عليه بخلاف ما اذا قال الزوج انت طالق ولي عليك كذا فانه لا يصلح لالتزام المال كما مر ويحتمل
تساويهما في عدم الالتزام نظرا الى ان قولها ولك على كذا بالوعد اشبه منه بالالتزام وعلى هذا فان اقتصر على قوله
انت طالق وقع الطلاق رجعيا بشرطه وان قال انت طالق على الف او لها او نحوه افتقر الى قبولها وهذا — بعده
احوط وان كان الاول اقوى **قوله** كلما صح ان يكون مهرا صح فداء في الخلع ولا تقدير فيه بل يجوز ولو كان
زائدا عما وصل اليها من مهر وغيره عوض الخلع وسبيله سبيل المهر فلا يتقدر ويجوز ان يكون قليلا وكثيرا
عينا ودينا بعد ان يكون متمولا مع سائر شروط الاعواض كالقدرة على التسليم واستقرار الملك وغيرهما
ولا يتقدر في جانب الكثرة بما وصل اليها من مهر وغيره بخلاف عوض المباراة والاصل في الفرق قبل الاجماع
عموم قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به وحسنة محمد بن مسلم عن ابي عبد الله عليه السلام الى ان قال
فاذا فعلت ذلك حل له ما اخذ منها وفي رواية سماعة فاذا هي اختلعت فهي بائن وله ان يأخذ من مالها ما قدر
عليه ولان الكراهة لما كانت منها ناسب ان يجوز طلبه ما شاء عوضا عن الخلع بخلاف ما اذا اشتركا في الكراهة
قوله واذا كان غايبا فلا بد من ذكر جنسه ووصفه وقدره ويكفي في الحاضر المشاهدة وينصرف
الاطلاق الى غالب نقد البلد ومع التعيين الى ما عين ولو خالعها على الف ولم يذكر المراد ولا قصد فسد
الخلع هنا مسائل آ يشترط العلم بالعوض لا من كل وجه بل من كونه بحيث يمكن تسليمه ويرفع معظم — النظر الثاني في الفدية ٥
الغرر فان كان غايبا فلا بد من ذكر جنسه ككونه فضة او ذهبا او ثوب قطن او كتان ووصفه ان اختلف

اوصا

٣١

اوصافه واختلفت قيمته باختلافها وقدره ككفيز حنطة موصوفة بصفاتها التي يختلف بها الثمن ونحو ذلك
وان كان حاضرا اعتبر ضبطه اما بالوصف والقدر او بالمشاهدة وان لم يعلم مقدار وزنه او كيله
او ذرعه لاعتبار ذلك في المهر فيكتفى به فيما ناسبه في المعنى وعلى هذا فلو بذلت له ما لها في ذمته
من المهر او الاعم منه ومن غيره ولم يعلم قدره لم يصح لان هذا من الغائب الذي يعتبر معرفة مقداره
ولو احضرت له امتعة مشاهدة بها وبذلتها له صح وان لم تعلم مقدار قيمتها وحيث يعتبر العلم بالقدر
او الوصف او المشاهدة فالمعتبر فيه علمهما معا فلا يكفي معرفة احدهما دون الآخر لان المعاملة واقعة من الطرفين
ب اذا بذلت له مائة دينار او مائة درهم صح وانصرف الى الموجود في نقد البلد ذلك الوقت ان اتحد
ولو تعدد وكان هناك نقد غالب حمل عليه لان المعاملات تنزل على النقد الغالب والخلع فيما يرجع الى المال
كساير المعاملات ~~تنزل على النقد الغالب والخلع فيما يرجع الى المال كساير المعاملات~~ ولا فرق في الغالب
بين كونه ناقص الوزن عن الدراهم الشرعية وزائده ولا بين كونه مغشوشا وخالصا ولو تعدد ولم يكن
فيها غالب وجب التعيين وبطل مع الاطلاق كغيره من المعاوضات لاستحالة الترجيح من غير مرجح ولو كان
هناك غالب او نقد متحد فعينا غيره صح لان المرجع في ذلك اليهما كما لو بذلت غير النقد ج لو خالعها
على الف واطلق ولم يذكر المراد منها جنسا ووصفا ولا قصده في النية لم يصح للجهالة والاشتراك المانع من
الحمل على بعضها دون بعض وان قصدا بها معينا جنسا ووصفا كماية دينار وتوافقا على قصدها
صح ولزمهما ما قصداه وان لم يجز ذلك في غيره من المعاوضات كالبيع لان المقصود ان يكون العوض
معلوما عند المتعاقدين فاذا توافقا على شيء بالنية كان كما لو توافقا بالنطق هذا هو الذي اختاره المص والعلامة
وقبلهما الشيخ في المبسوط وهو الذي يقتضيه قوله ولا قصد ابطل الخلع فان مفهومه صحته مع قصده وسيأتي
في مسائل التنازع ما ينبه عليه ايضا ويحتمل فساد الخلع باهمال ذكر الجنس والوصف وان قصد كما لا يصح ذلك
في غيره من عقود المعاوضات وعلى المشهور فلو قالت بذلت لك ما لي في ذمتك او ما عندي او اعطيتني من
الاسباب ونحو ذلك مع علمها بقدره ووصفه ولو وقع البيع على مثل ذلك لم يصح بل لا بد فيه من اللفظ
بما يعتبر تعيينه من الجنس والوصف والقدر وهذا من الامور المحتملة في هذا الباب من الغرر دون غيره
من المعاوضات المحضة وقد سبق في باب المهر ما ينبه على كثير منه **قوله** ولو كان الفداء ما لا يملكه المسلم
كالخمر فسد الخلع وقيل يكون رجعيا وهو حق ان اتبع بالطلاق والا كان البطلان احق ولو خالعها على خل
فبان خمرا صح وكان له بقدره خلا قد تقدم ان شرط الفدية ان يكون مالا مملوكا للمرأة لانه عوض عن حق البضع
فلا بد من صلاحيته للمعاوضة فلو بذلت له خمرا او خنزيرا فان كان عالما بالحال فسد الخلع لان العوض

جزء ماهيته عندنا فلا يتحقق بدون العوض وهو منتف هنا قال الشيخ ويقع طلاقا رجعيا لاشتماله
على امرين الطلاق والعوض فاذا بطل احدهما يبقى الآخر كما لو اختلت احدى الشرائط كما سبق ورده المصنف
رحمه الله بانه مع الاقتصار على الخلع لا تتحقق صحة الطلاق ومع فساد العوض لان الخلع الذي يقوم مقام الطلاق
او هو الطلاق ليس الا اللفظ الدال على الابانة بالعوض فبدونه لا يكون خلعا فلا يتحقق رفع الزوجية بائنا
ولا رجعيا وانما يتم اذا اتبعه بالطلاق فيكونا امرين متغايرين لا يلزم من فساد احدهما فساد الآخر فيفسد حينئذ
الخلع لفوات العوض ويبقى الطلاق والمتعقب له رجعيا لبطلان العوض الموجب لكونه بائنا وهذا
قوي وان كان جاهلا بعد ما لبثه كما لو ظنه خلا فبان خمرا او عبدا فظهر حرا فقد حكم المص بصحته كما لو اصدقها
ذلك فظهر كذلك لان تراضيهما على المقدار من الجزئي المعين الذي يظنان كونه متمولا يقتضي الرضا بالكلي
المنطبق عليه لان الجزئي مستلزم له فالرضا به يستلزم الرضا بالكلي فاذا فات الجزئي المانع صلاحيته
للملك بقي الكلي ولانه اقرب الى المعقود عليه ولم ينقلوا هنا قولا في فساده ولا وجوب قيمته عند مستحليه
كما ذكروه في المهر مع ان الاحتمال قائم فيه اما الاول فلفقد شرط صحته وهو كونه مملوكا والجهل به لا يقتضي
الصحة كما لو تبين فقد شرط في بعض الاركان العقد واما الثاني فلان قيمة الشيء اقرب اليه عند تعذره
لان المقصود من المعين ماليته فمع تعذرها يصار الى القيمة لانه لا مثل له في شرع الاسلام فكان كتعذره في المثلي
حيث يجب فانه ينتقل الى قيمته ولو ظهر مستحقا لغيره فالحكم فيه مع العلم والجهل كما فصل قوله ولو خالع على
حمل الدابة او الجارية لم يصح لا فرق في ذلك بين كونه موجودا في بطنها بالفعل وعدمه كما لو خالعها على ما تحمله
في المستقبل لاشتراكهما في الجهالة المانعة وزيادة الثاني بكونه معلوما وخالف في ذلك بعض العامة فجوز
الخلع في الموضعين واغتفر الجهالة في الاول وجعل الثاني كالوصية والاول محتمل لاحتمال هذا العقد
من الغرر بما يقارب ذلك اما الثاني فلا اذ لا عوض اصلا ولا وثوق بالمتجدد بخلاف الموجود فانه مالية
يقبل المعاوضة ولو بالتبعية في عقد يحتمل الغرر ومثله ما لو خالعها على ما في كفها فانه لا يصح عندنا سواء علم
ان في كفها شيئا متمولا وجهل مقداره او عينه او لم يعلم ومن اجاز الاول صححه هنا مع العلم بوجود شيء في
كفها يصلح للعوض او ظهور وجوده فيه فان لم يظهر فيه شيء ففي وجوب مهر المثل كما لو ظهر فساد العوض او وقوع
الطلاق رجعيا او لزوم ثلثة دراهم الا ان المقبوض في الكف ثلثة اصابع وسميها على الابهام والمسبحة
فيجب قدره من النقد الغالب اوجه ابعدها الاخير قوله ويصح بذل الفداء منها ومن وكيلها وممن يضمنه
باذنها وهل يصح من المتبرع فيه تردد والاشبه المنع الاصل في الفداء المبذول في هذا الباب ان يكون
من المرأة لنسبته اليها في قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به وبذل وكيلها في معنى بذلها لانه يبذله

من مالها

ومنه م

من مالها باذنها وكذا بذله ممن يضمنه في ضمنه باذنها فيقول للزوج طلق زوجتك على مائة وعلى ضمانها والفرق
بينه وبين الوكيل ان الوكيل يبذل من مالها باذنها وهذا يبذل من ماله باذنها ليرجع عليها بما يبذله بعد
ذلك فهو في معنى الوكيل الذي يدفع العوض عن الموكل من ماله ليرجع عليه فدفعه له بمنزلة اقراضه لها وان كان
بصورة الضمان واما بذله من المتبرع عنها بان يقول للزوج طلق امرأتك بمائة من مالي بحيث يكون عوضا
للخلع ففي صحته قولان اظهرهما بين الاصحاب وهو الذي اختاره المص والشيخ وغيرهما من الاصحاب العدم
فلا يملك الزوج البذل ولا يقع الطلاق اذا لم يتبع به لان الخلع من عقود المعاوضات فلا يجوز لزوم
العوض لغير صاحب المعوض كالبيع لو قال بعتك كذا بمائة في ذمة فلان ولانه تعالى اضاف الفدية اليها في
الاية المتقدمة والحق بها الوكيل والضامن باذنها فبقي المتبرع على اصل المنع ولاصالة بقاء النكاح
الى ان يثبت المزيل والقول بالصحة لا يعلم قائله من الاصحاب لكنه مذهب جميع من خالفنا من الفقهاء الا من شذ
منهم ومبنى القولين على ان الخلع هل هو معاوضة او على انه طلاق او فسخ فعلى الاول يصح من الاجنبي
لجواز الافتداء منه وبذل ماله ليطلقها كما يصح الالتزام المال ليعتق عبده وقد يتعلق به غرض بان كان ظالما بالامساك
وتعذر ازالته منه بالحجة وكان يسيء العشرة ويمنع الحقوق فاراد المختلع تخليصها على تقدير كونه طلاقا فالطلاق
يستقل به الزوج فجاز ان يسأله الاجنبي على مال كما اذا قال الق متاعك في البحر وعلي كذا وعلى القول بانه
فسخ فان الفسخ من غير علة لا ينفرد به الرجل فلا يصح طلبه منه ويرجح جانب الفداء الآية الدالة عليه الا ان مفهوم
خطابها اختصاصها بها لكن مفهوم الخطاب ليس بحجة وموضع الخلاف ما اذا قصد الخلع بالمال المبذول
لتترتب عليه احكام الخلع من وقوع الطلاق بائنا الا ان يرجع الباذل ووقوع اللفظين متلاحقين
كغيره من عقود المعاوضات اما لو وقع ذلك من الاجنبي على وجه الجعالة فلا اشكال في الصحة لانه عمل
محلل يتعلق به غرض صحيح للعقلاء فتصح الجعالة عليه ولا يلحقها حكم الخلع فلا يشترط فورية الجواب
ولا يقع بائنا من حيث العوض بخلاف خلع الاجنبي فانه كخلع الزوجة في الالفاظ والاحكام فلها ان ترجع
في البذل ما دامت في العدة فللزوج حينئذ ان يرجع في الطلاق وليس للزوجة هنا رجوع في البذل
لانها لا تملكه بخلاف ما لو كان الباذل وكيلها او الضامن لدفعها فان امر الزوج فيها بيدها ويتفرع على
جوازه ايضا من الاجنبي ما لو قال الزوج هي طالق بالف في ذمتك فقبل فانه يلزم كالزوجة بخلاف ما لو قال
هي طالق وعليك الف وعلى تقدير كونه من جانب الزوجة يتخير بين ان يخلع استقلالا وبين ان يكون نائبا
عنها فان صرح بالاستقلال فذاك وان صرح بالوكالة فالزوج يطالب الزوجة بالمال وان لم يصرح ونوى الوكالة
كان الخلع لها لكن يتعلق الضمان به ظاهرا فيطالب بالعوض ثم هو يرجع على الزوجة وعلى هذا فيجوز ان يوكل

فهو في م

معاوضة وقد تقدم ما يدل على انه منه وكذا على القول بانه م

الشارح

الاجنبی الزوجه حتی یختلع عنه وح فتصیر الزوجه بین ان یختلع استقلالا او بالوکالة کما لو کان هو وکیلا وقول
الزوجه للاجنبی سل زوجتی یطلقنی علی کذا توکیل سوا قالت علی ام لم تقل وقول الاجنبی لها سلی
زوجک یطلقک علی کذا یحتمل الامرین فان لم یقل علی لم یکن توکیلا فان اضافت الیه او نوت ثبت علی الاجنبی وقوله
اجنبی لاجنبی سل فلانا یطلق زوجته بکذا کقوله للزوجه سلی زوجک فیفرق بین ان یقول علی ولا یقول وان خالع
الاجنبی واضاف العقد الیها مصرحا بالوکالة ثم بان انه کاذب لم یقع الطلاق علی القولین لانه مرتبط بالمال
وهو لا یلتزمه فی نفسه وکذب فی اضافة الالتزام الیها فاشبه ما اذا کان الخطاب معها فلم یقبل **قوله** اما لو کان
طلقها علی الف من مالها او علی ضمانها او علی عبدها هذا او علی ضمانه صح فان لم ترض بدفع البذل صح الخلع وضمن
المتبرع وفیه تردد منشؤه من شبه بذل الاجنبی لکنه تختص عنه بکون البذل من مالها بغیر اذنها فیشابه به
الاجنبی من حیث التبرع ویشابه الوکیل من حیث جعل ذلک من مالها ومنها یتفرع الاشکال اذ یحتمل الصحة
لان الفدیة من مالها فلم یخرج عن وضع الخلع غایة ما فی الباب انها اذا لم تجز ذلک یلزمه الضمان نظرا الی التزام
ذلک ویحتمل العدم لان مرجعه الی التبرع حیث لا تجیز بذلها مالها ولان ضمانه لذلک ضمان مالم یجب ~~فلا یصح~~ لکن
~~منشؤه صحة ضمان مالم یجب فلا یصح~~ لکن قد ورد صحة ضمان مالم یجب فی مواضع لمسیس الحاجة کما لو قال
الق متاعک فی البحر وعلی ضمانه حذرا من غرق السفینة وقد تمس الحاجة هنا الی مثل ذلک وعدم الصحة لا یخلو من قوة
قوله ولو خالعت فی مرض الموت صح وان بذلت اکثر من الثلث وکان من الاصل وفیه قول اخر ان الزائد
عن مهر المثل من الثلث وهو اشبه لما کان تصرف المریض فی مرض الموت مقصورا علی ثلث ماله حیث یکون
متبرعا به وکان مهر المثل هو عوض البضع شرعا کقیمة المثل فی المقومات ومن ثم لو تصرف فیه متصرف علی
وجه یضمنه کوطء الشبهة والمکره یجب علیه مهر المثل فبذلها فدیة للطلاق بتقدیر نفوذها من الاصل بمهر المثل
لان العائد الیها البضع فیعتبر قیمته شرعا کما لو اشترت شیئا بثمن مثله فان بذلت اکثر من ذلک کان مقدار
مهر المثل من الاصل والزائد من الثلث هذا هو المشهور وتبعه الباقون نعم نقل قولا ان الجمیع یعتبر من الثلث
لان العائد الیها غیر متقوم بالنسبة الی الورثة والحجر علی المریض انما هو لحق الورثة وهو قول موجه والمصنف
رحمه الله نقل هنا قولا ان الجمیع یکون من الاصل وان زاد عن الثلث وهو قول نادر غیر موجه والاقوی
العمل علی المشهور وعلیه فلو کان مهر مثلها اربعین دینارا فبذلت مائة مستوعبة صح للزوج ستون اربعون
فی مقابلة مهر المثل وعشرون بالمحاباة هی ثلث باقی الترکه ویرجع الی الورثة اربعون ضعف ما نفذ
فیه المحاباة هذا اذا لم تبرء من مرضها ولو برئت لزم الجمیع کما فی المیراث واما مرض الزوج فلا یؤثر فی
الخلع بل یصح خلعه فی مرض الموت وان کان بدون مهر المثل لان البضع لا یبقی للوارث وان لم یخلع فلا وجه

للاعتبار

للاعتبار من الثلث ولانه لو طلقها بغیر عوض فی مرض الموت لا یعتبر فیه البضع من الثلث فکذا اذا نقص
عن مهر المثل **قوله** ولو کان الفداء ارضاع ولده صح مشروطا بتعیین المدة وکذا لو طلقها علی نفقته
بشرط تعیین القدر الذی یحتاج الیه من المأکل والکسوة والمدة ولو مات قبل المدة کان للمطلق استیفاء
ما بقی فان یکن رضاعا رجع باجرة مثله وان کان انفاقا رجع بمثل ما کان یحتاج الیه فی تلک المدة مثلا او قیمة
ولا یجب علیها دفعه بل ادرارا فی المدة کما کان یستحق علیها لو بقی عوض الخلع کما یجوز ان یکون منفعة عینا لجواز ان یکون
ویشترط فی المنفعة ان تکون معلومة مستجمعة الشرائط المذکورة فی الاجارة فاذا خالع زوجته علی ارضاع
ولده مدة معلومة جاز وکذا لو خالعها علی حضانته سواء کان الولد منها ام من غیرها والکلام فی الجمع
بینهما واستتباع احدهما الاخر اذا افرد کالکلام فی الاجارة وکذا یجوز جعل النفقة عوضا مضافة الی الرضاع
کما لو جعلها بعد موته او منفردة فیعتبر تعیین ما ینفق علیه کل یوم من الادام والطعام والکسوة فی کل فصل
او سنة او یضبط المؤنة فی جملة السنة ویوصف بالاوصاف المشروطة فی السلم ثم الزوج فی الطعام والشراب
مخیر بین ان یستوفی بنفسه ویصرفه الی الولد وبین ان یأمرها بالصرف الیه ثم الولد ان عاش الی استیفاء العین
والمنفعة فذاک وان خرج زهیدا وفضل من المقدار شیء فهو للزوج وان کان رغیبا واحتاج الی زیادة فهو علی
الزوج وان مات قبل تمام المدة انفسخ العقد فیما بقی منها دون ما مضی فیستوفی الزوج الطعام والکسوة لما بقی
ویرجع باجرة مثل الرضاع والحضانة فیها وامتناع من الارتضاع والتقام الثدی کالموت وحیث یرجع الولد م
باجرة الرضاع او بقیمة النفقة او مثلها فهل یتعجل الاستحقاق او یکون منجما کما کان فیه وجهان اصحهما الثانی
لان الواجب کان حکمه کذلک ووجه الاول ان التدریج کان بحسب حالة الصبی وقد زالت **قوله**
ولو تلف العوض قبل القبض لم یبطل استحقاقه ولزمها مثله او قیمته ان لم یکن مثلیا اما عدم البطلان
بتلف المعین فلاصالة الصحة وبطلان البیع بذلک خرج بنص خاص فیبقی الباقی علی اصل بتلف
الصحة واما ضمانها له بالمثل او القیمة فلعموم قوله صلی الله علیه وآله علی الید ما اخذت حتی تؤدی وبیدها اخذه
للعین ولم تؤدها الی مالکها فتکون ضامنة لها بمثلها ان کانت مثلیة او قیمتها یوم التلف ان کانت قیمیة
ولا فرق فی ذلک بین تلفه باختیارها ام بآفة من الله سبحانه او باتلاف اجنبی لکن فی الثالث تخیر الزوج بین
الرجوع علیها وعلی الاجنبی فان رجع علیها رجعت علی الاجنبی ان اتلفه علی وجه مضمون **قوله** ولو خالعها
بعوض موصوف فان وجد ما دفعته علی الوصف والا کان له رده والمطالبة بما وصف وذلک لان الموصوف الکلی
لا ینحصر فیما دفعه وانما یتأدی به الامر الثابت فی الذمة علی تقدیر مطابقته له فاذا ظهر بخلافه فله رده والمطالبة
بما وصف لانه حقه ویفهم من قوله فله رده ان الرضا به ایضا وهو یتم مع کونه موافقا فی الجنس وناقصا

فى الوصف ليكون الفائت متمحضاً لحقه او مع كونها عالمة بحاله اما لو كانت جاهلة به وهو زايد عن
الموصوف ولون وصبر او مغاير له لم يملكه بقبوله بدون رضاها لانه غير الحق فيتوقف تعينه عوضاً
على تراضيهما به قوله ولو كان معيّنا فبان معيبا وطالب بمثله او قيمته وان شاء امسكه مع الارش وكذا
لو خالعها على عبد على انه حبشى فبان زنجيا او ثوب على انه نقى فبان زنجيا او ثوب على انه نقى
فبان اسمر اما لو خالعها على انه ابريسم فبان كتانا صح الخلع وله قيمة الابريسم وليس له امساك الكتان
لاختلاف الجنس اذا كان العوض معينا فظهر معيبا فله الارش لان النقص حدث قبل القبض فكان مضمونا
عليها كما يضمن الجملة وذكر المصنف وغيره ان له رده والمطالبة بمثله ان كان مثليا او قيمته ان كان
قيميا لان فوات الجزء الموجب للعيب او الوصف كتبعض الصفقة فيتخير بين رده واخذ عوضه وبين ابقائه
مع ارشه وهذا بخلاف البيع فانه مع رده لا يرجع الى عوضه بل يوجب انفساخ البيع والفرق ان الطلاق
المرتب على العوض قد وقع قبل الرد والاصل فيه اللزوم وليس هو كغيره من عقود المعاوضات
القابلة للتفاسخ مطلقا بل يقتصر فسخه على امور خاصة بدليل خاص لا مطلقا فلا وسيلة الى تحصيل المطلوب
من العوض بما ذكر ومثله ما لو خالعها على عبد معين على انه من جنس خاص فبان من غيره فان الفائت
الوصف الموجب للعيب على تقدير كونه انقص واما الجنس وهو كونه عبدا فواحد وكذا لو خالعها
على ثوب على انه نقى اللون فظهر اسمر لاشتراك الجميع فى اصل الجنس والاختلاف فى الاوصاف الموجبة
لاختلاف القيمة فيجبر بالارش او البدل اما لو بذلت له شيئا فظهر من خلاف جنس المعين كما لو خالعها
على ان الثوب ابريسم فظهر قطنا او كتانا لم يثبت الارش لفوات الحقيقة باسرها بل له قيمة ما عيناه
لانها اقرب الى حقيقته ولا يبطل الخلع لوجود العوض فيه فى الجملة وليس للزوج امساك الثوب
المخالف لجنس ما عيناه كما لو عقد على عين فبانت غيرها لان اختلاف الاجناس الا عيان مع احتمال
البطلان هنا لتبين عدم وجود العوض الذى عيناه بخلاف ما لو فاتت صفته خاصة ولكنهم نظروا
الى وجود المالية للبذل ولو فى الجملة وفوات الجنس يجبر بالقيمة كما تجبر بها فوات الوصف وللنظر
فى هذه المطالب مجال ان لم يكن اجماعية اذ لا نص فيها وانما هى احكام اجتهادية ولو قيل فى فوات
الوصف يتعين اخذه بالارش كان حسنا قوله ولو دفعت اليه الفا وقالت طلقنى بها متى شئت لم يصح
البذل ولو طلق كان رجعيا والالف لها وجه البطلان ان المعتبر فى البذل الصحيح كونه فى مقابلة الطلاق
الواقع على الفور فاذا جعلته فى مقابلة الواقع مطلقا فكانها قد جعلته فى مقابلة طلاق باطل فيبطل البذل
وعلله الشيخ فى المبسوط بانه سلف فى طلاق وبانه عوض على مجهول وفى الكل نظر لان هذه الصيغة

كما تناولت الطلاق الباطل مع التراخى تناولت الفورى بعد هذه الصيغة فلا يلزم من بطلان المتراخى ولا من
اشتمالها على الباطل وغيره بطلان مدلولها اجمع وكذا القول فى كونه سلفا فى طلاق لان المشية تشمل ما لو اوقعه
فى الحال ولما كونه عوضا على مجهول فظاهر المنع نعم لو قيل بان اللفظ يتم بقولها مع دفع الالف طلقنى بها ويكون
قولها متى شئت مانعا من الفورية المعتبرة فى الجواب فيكون البطلان مستندا الى تخلل كلام لا يتعلق بالعقد امكن الا
ان مع ثبوت هذا لا يخلو من نظر بطلان البذل ان كان الواقع خلعا بطلا من راس وان كان طلاقا وقع رجعيا من حيث
خلوه من البذل ويأتى فيه ما تقدم من الاشكال على تقدير كونه بائنا بغير هذا الاعتبار وجهل المطلق بالحال قوله
ولو خالع اثنتين بفدية واحدة صح وكانت بينهما بالسوية ولو قالتا طلقنا بالف وطلق واحدة كان له النصف
ولو عقب بطلاق الاخرى كان رجعيا ولا عوض له لتأخر الجواب عن الاستدعاء المقتضى للتعجيل اذا خالع اثنتين فصاعدا
على عوض معين فالاظهر عندنا الصحة لان العوض وهو المجموع معلوم فى مقابلة جملة معلومة ولا عبرة بجهالة ما يخص
كل واحدة على تقدير التقسيط لانه ذكرا متجددا وراء الصفة الواقعة فى العقد كما لا يقدح فى الصحة بيع جملة من
الامتعة بثمن واحد معلوم وان جوز ظهور بعضها مستحقا فلو فرض عروض ذلك واحتيج الى التقسيط لا يقدح فى صحة
البيع السابق وهل يسقط فى الخلع على رؤوسهما او على مهر المثل وجهان اختار الشيخ والمصنف والاكثر الاول لان البذل
ذكر فى مقابلتهما ووجه توزيعه على مهر امثالها ان ذلك هو الملحوظ فى قيمة البضع حيث يفتقر الى تقويمه ومن ثم اعتبر
فى خلع المريضة مهر مثلها كما اذا باع عبيدا صفقة واحدة فان الثمن يوزع على قيمة العبيد حيث يحتاج الى التوزيع
فان استوت المهور استوين فيه وان تفاوتت تفاوتن وتوقف فى المختلف بين الوجهين وله وجه واغرب القاضى
ابن البراج حيث جعل العوض مقسوما عليهما على قدر ما تزوجها به من المهر ولعله تجوز به فى اعتبار مهر المثل
كما اطلق المتقدمون الارش لانه تفاوت ما بين قيمة العين صحيحة ومعيبة واراد والنسبة ذلك من الثمن لا نفس التفاوت
حذرا من اجتماع العوض والمعوض لواحد بل الزيادة عليها هذا اذا قالتا طلقنا بالف او خالعنا بها فعقد ذلك
بهما ومثله ما لو ابتدأهما بذلك فقبلتا اما لو قالتا طلقنا بالف فطلق واحدة خاصة كان له النصف بناء على قسمة المال
بينهما بالسوية وعلى القول الآخر يلزمها حصتها من المسمى اذا وزع على مهر مثلها ولا يضر اختلاف السواد ولا ايقاع لان
كل واحدة مقصودة بنفسها منفردة كما لو قال رجلان رد عبيدنا بكذا فرد احدهما دون الآخر وهذا بخلاف ما لو قالت
الواحدة طلقنى ثلاثا بالف مثلا فطلق واحدة لان المرأة الواحدة يتعلق غرضها بالعدد وقد يندرج ارادة كل واحدة
طلاقها معا ولا يريد الانفراد فلا يكون الاقتصار على احديهما مطابقا للسؤال لكن ظاهرهم عدم الالتفات الى هذا
الاحتمال لانه خلاف الظاهر وفى التحرير استشكل فى ثبوت النصف لو اقتصر على طلاق الواحدة ووجهه ما ذكرناه
وفرق بعضهم بين هذه الصورة وبين ما لو ابتدأهما فقال خالعتكما بالف وانتما طالقتان بكذا فقبلت احداهما وحدها

على تقديره

فانه لا يقع هنا شي لان القبول لم يوافق الجواب كما لو قال بعتكما هذا العبد بالف فقال احدهما قبلت والفرق
لا يخلو من نظر ثم على تقدير وقوعه على واحدة منها لو عقب بطلاق الاخرى لم يستحق العوض لتاخر الجواب
عن الاستدعاء ووقع الطلاق رجعيًا من هذه الحيثية كما تقدم قوله ولو خلعها على عين فبانت مستحقة
قيل يبطل الخلع ولو قيل يصح ويكون له القيمة والمثل ان كان مثليا كان حسنا القول ببطلان الخلع للشيخ
في المبسوط نظرا الى ان العوض لازم لماهيته وبطلان اللازم يستلزم بطلان الملزوم ولان الطلاق بغير
بغير عوض غير مقصود وبالعوض غير صحيح والقيمة غير مرادة ووجه ما اختاره المص من الصحة ولزوم المثل او القيمة
ان المعاوضة هنا ليست حقيقية كما في البيع والاصل في العقود الصحة فلا يؤثر بطلان عين العوض في بطلانه
وفواته يجبر بضمانها مثلا ان كان مثليا وقيمة ان لم يكن كذلك والاقوى الاول وينبه بقوله فبانت مستحقة
على انه لو كان عالما باستحقاقها ابتداء بطل الخلع لانه لم يقصد الى عقد صحيح بخلاف ما اذا جهل وعلى
التقديرين فلو اتبعه بالطلاق وقع رجعيًا كما سلف غير مرة قوله ويصح البذل من الامة فان اذن
مولاها انصرف الاطلاق الى الاقتداء بمهر المثل ولو بذلت زيادة عنه قيل يصح ويكون لازمة لذمتها يتبع بها
بعد العتق واليسار وتتبع باصل البذل مع عدم الاذن ولو بذلت عينا فاجاز المولى صح الخلع والبذل
والا صح الخلع دون البذل ولزمها قيمته او مثله يتبع به العتق يشترط في قابل الخلع وباذل المال ان يكون
مطلق التصرف فيه صحيح الالتزام والمحجورون انواع ذكر المص بعضها فمنهم المحجور بسبب الرق فاذا كانت
الزوجة المختلعة امة لم يخل اما ان يختلع بغير اذن السيد او باذنه فان اختلعت باذنه فاما ان يبين العوض
او يطلق الاذن فان بين نظر ان كان عينا من اعيان ماله نفذ الخلع واستحق الزوج تلك العين وان قدر دينا
بان قال اختلعي نفسك بالف مثلا فتعلقت تعلق الاذن بالالف بذمة المولى وبكسبها ان كان لها كسب او ما
في يدها ان كان ماذونا لها في التجارة كمهر العبد في النكاح الماذون فيه ولو لم يكن ذات كسب ولا ذات يد تعلق
بذمتها تتبع به بعد العتق واليسار وقد تقدم البحث فيه وان الاقوى تعلقه بذمة المولى مطلقا وان زادت على ما قدر
قيل يصح ويكون لازمة لذمتها تتبع به اذا اعتقت وايسرت اذ لا سبيل الى نفوذه لكونه بغير اذن المولى ولا الى البطلان
لان ذمتها قابلة للتعلق وان اطلق فقال اختلعي بما شئت اختلعت بمهر المثل والزيادة عليه ان فرضت كالزيادة
على الماذون فيه يتعلق بذمتها وان اختلعت بغير اذنه نظر ان اختلعت بعين مال السيد فالخلع على عين مستحقة
فعلى ما اختاره المص يلزمها مثله او قيمته تتبع به وعلى الاخر تبطل ويقع الطلاق رجعيا انما تتبع به خصوصا مع
علم الزوج ان المال للسيد وانه لا اذن منه فلا يكون طامعا في شيء وان اختلعت على دين حصلت البينونة وثبت
بعد العتق واليسار والفرق بين الدين والعين المبذول بغير اذنه انه مع الدين يكون قد اقدم على ثبوت العوض في ذمتها

دو

٣٧

وهي قابلة له وان لم يكن مجلا بخلاف العين لانحصار العوض فيها فاذا لم يصح توجه بطلانه لخلوه عن العوض
بان لم تقل بذلك ويمكن لها فيلحق بالدين ولا يخفى ضعفه فرع لو اختلعت السيد امته التي هي تحت حر او مكاتب
على رقبتها ففي صحته وجهان احدهما انه يحصل الفرقة ويرجع الى قيمتها لانه خلع على بدل لم يسلم له فان
البدل هو ملك الرقبة وفرقة الطلاق وتملك الرقبة لا يجتمعان فاذا لم يسلم البدل اشبه ما اذا خالعها
على خمر او مغصوب والثاني انه لا يصح الخلع اصلا لانه لو حصلت الرقبة لقارنها ملك الرقبة فان العوضين
يتساوقان والملك في المنكوحة يمنع وقوع الطلاق ولعل هذا اجود قوله ويصح من المكاتبة المطلقة
ولا اعتراض للمولى واما المشروطة فكالقن اما حكم مساواة المشروطة للقن فواضح لانها لا تخلص
محض الرق الا باداء جميع المال فهي قبله بحكم القن واما المطلقة فقد اطلق الشيخ في المبسوط بان بذلها صحيح
من غير اعتراض للمولى وتبعه عليه المص والجماعة ولا يخلو من اشكال لما سياتي في الكتاب من ان المكاتب
مطلقا ممنوع من التصرف المنافي للاكتساب ومسوغ فيه من غير فرق بين المطلق والمشروط وما يبذله
من المال في مقابلة البضع ان كان اكتسابا من حيث ان العائد اليها البضع فينبغي صحته فيهما مقيدا بكون
المبذول بقدر مهر المثل وان كان غير اكتساب كما هو الظاهر لم يصح فيهما ولو قيل بان اختلاع المكاتبة
مطلقا كاختلاع الامة كان وجها لكن لا اعلم به قائلا من اصحابنا فينبغي التوقف الى ان يظهر الحال ووجه
الفرق الذي ادعوه قوله ولا مع الجنون اي الجنون حالة ايقاع الخلع سواء كان مطلقا ام ادوارا وكذا
القول في غيره من الموارد والمعتبر من الجنون ما يزول معه العقل ويعلم باختلال نظم الكلام ومخالفة
الافعال لافعال العقلاء قوله ولا مع الاكراه قد تقدم في تحقيق الاكراه وما يتفرع عليه في الطلاق ولو ظهر
قرينة الرضا بعد الاكراه بان يخالف ما اكره عليه كمية او كيفية فان اكرهه على خلعها بما به فخلعها بمائتين
او بذهب فخلعها بفضة ونحو ذلك لم يكن ذلك اكراها ولو ادعى الاكراه رجع الى القرينة مع عدم البينة
والا لم يقبل لاصالة الصحة قوله ولو خالع ولي الطفل بعوض صح ان لم يكن طلاقا وبطل مع القول بكونه
طلاقا اذا خالع الولي زوجة الطفل فان جعلناه طلاقا او يفتقر الى ان يتبع بالطلاق لم يصح مطلقا لما تقدم
من ان الولي ليس له ان يطلق عن الصبي وان وجد مصلحة وان جعلناه فسخا روعي في صحته المصلحة
لانه حينئذ بمنزلة المعاوضة وهي جائزة معها ولا فرق حينئذ بين خلعه بمهر المثل واقل المصلحة هي المسوغة للفعل
وليس على حد المعاوضات المحضة المالية حتى يتقيد بمهر المثل مع احتمال الحاقه بغيره من المعاوضات وقد تقدم
ما يرشد اليه قوله ويعتبر في المخالعة ان يكون طاهرا الخ الظاهر انه يعتبر فيها ما يعتبر في الطلاق وان جعلناه
فسخا لقول الصادق عليه السلم لا اختلاع الا على طهر من غير جماع وكل خبر دل على انه طلاق لزم منه اعتبار شرائطه

قوله وان يكون الكراهة من المراة مذهب الاصحاب ان الخلع مشروط بكراهة المراة له فلو خالعها
واخلاقهما ملتئمة ولا كراهة منها لم يقع واخبارهم به مستفيضة منها حسنة الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام
قال لا يحل خلعها حتى تقول لزوجها والله لا ابر لك قسما ولا اطيع لك امرا ولا اغتسل لك من جنابة ولا وطئن
فراشك ولا وذنن عليك بغير اذنك وقد كان الناس يرخصون فيما دون هذا فاذا قالت المراة ذلك لزوجها
حل له ما اخذ منها وكانت عنده على تطليقتين وفي معناها اخبار كثيرة وفي حديث جميلة بنت عبد الله
بن ابي زوجة ثابت بن قيس التي كانت اصل مشروعية الخلع ما يدل على وروده في كراهتها لكنه لا يدل
على انحصار صحته في تلك الحالة الا اخبارنا وفي بعض الفاظ حديثها انها كانت تبغضه وكان يحبها
فاتت الى رسول الله صلى الله عليه وآله فقالت يا رسول الله لا انا ولا ثابت لا يجمع راسي وراسه شيء
والله ما اعتب عليه في دين ولا خلق ولكني اكره الكفر في الاسلام رفعت جانب الخباء فرايته اقبل في عدة فاذا هو اشدهم
سوادا واقصرهم قامة واقبحهم وجها فنزلت الآية وهي قوله فان خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما
فيما افتدت به وكان قد اصدقها فقال ثابت يا رسول الله ترد علي الحديقة فقال لها ما تقولين فقالت نعم
وازيده قال لا حديقته فقط فاختلعت منه بها وقوله صلى الله عليه وسلم لا حديقته فقط موافقة
لمطلوب الزوج لا للنهي عن بذل الزيادة قوله ولو قالت لا دخلن عليك من تكره لم يجب خلعها
بل يستحب وفيه رواية بالوجوب الاصح ان الخلع لا يجب على الزوج مطلقا للاصل ولان الله تعالى
رفع فيه الجناح الموهم لكونه محرما ورفع الجناح يرفع الحرج به ولا يدل على ما سواه بل يشعر بعدم رجحانه
وفي حسنة الحلبي السابقة ونظائرها دلالة على اثبات حله مع كراهتها خاصة والقول بوجوبه اذا قالت له
ذلك للشيخ في النهاية وتبعه تلميذه القاضي وجماعة استنادا الى ان ذلك منها منكر والنهي عن المنكر واجب وانما يتم
بالخلع فيجب وجوابه منع انحصار النهي في الخلع بل يتادى بالطلاق المجرد عن البذل اقرب اليه والنسب بتمام
الغيرة والنخوة من مراجعتها على بذل المال الحقير ويمكن ايضا تاديبها بالضرب وغيره مما يدفع به المنكر والاقوى حينئذ
استحباب فراقها اما كونه بطريق الخلع فغير واضح الا من حيث جعله بعض افراد الفرقة وقال في المختلف
الظاهر ان مراد الشيخ بذلك شدة الاستحباب وفيه نظر لا يخفى قوله ويصح خلع الحامل مع رؤية الدم كما يصح
طلاقها ولو قيل انها تحيض وكذا التي لم يدخل بها وان كانت حائضا وتخلع اليائسة وان وطاها في طهر المجامعة
اذا جعلنا الخلع طلاقا فما يعتبر في الطلاق ويرخص فيه من طلاق الحائض في المواضع الثلاثة ات هنا
وان جعلناه فسخا يستتبع الطلاق فكذلك بطريق اولى وان لم نقل بافتقاره الى الطلاق فمشابهة الحاقه به امارة مع
عليه في الشرائط فلا اذ لا دليل عليه وخالف في ذلك بعض الاصحاب فحكم بعدم جواز خلع الحامل اذ قلنا انها

بخلاف

تحيض

تحيض الا في طهر آخر غير طهر المواقعة بخلاف الطلاق ويمكن الاحتجاج له بعموم الخبر السابق مع القول بانه فسخ لا طلاق فلا يلحقه
ما دل على استثناء الحامل في الطلاق وكيف كان فالمذهب هو المشهور ورجحان كونه طلاقا كافي في مشاركته له في الحكم
قوله ويعتبر في العقد حضور شاهدين ولو افترقا لم يقع المراد سماعهما صيغة العقد سواء حضرا معا ام لا
وان كانت العبارة غير متساعة والتعبير بالعقد يشمل استدعاء المراة وخلع الزوج وبناؤه على القول الآخر يمكن
استفادته من عموم الاخبار الدالة على اعتبار الشاهدين فيه ولما كانت ماهيته لا تتحقق بدون الايجاب الواقع منه
لا استدعائها منها والقبول تناولهما الاشتراط واعلم ان اثبات هذا المطلب من النصوص على القول بكونه فسخا لا يخلو من اشكال
ولعل الاستناد الى الاجماع اسهل قوله وتجريده عن شرط الكلام في الطلاق من ان مذهب الاصحاب ودليله غير صالح وعموم الادلة
الدالة على شرعيته يتناول المشروط وورود النص بجواز تعليق الظهار على الشرط يونس بكونه غير مناف للمعتمد في الجملة
الا ان الخلاف هنا غير متحقق فان تم فهو الدليل قوله ويصح الخلع من المحجور للتبذير او فلس المعتبر في المخالع كونه ممن يصح طلاقه
فلا يصح خلع الصبي والمجنون ويصح من المحجور عليه للسفه والفلس سواء كان اذن الولي ام لم ياذن وسواء كان العوض
بقدر مهر المثل ام دونه فان ذلك لا يزيد على الطلاق مجانا وطلاقها مجانا نافذ وكذا لا يجوز للمختلع تسليم المال الى السفيه
بل الى الولي فان سلمه الى السفيه وكان الخلع على عين اخذها الولي من يده فان تلفت في يد السفيه قبل علم الولي بالحال رجع على
المختلع بمثلها او قيمتها المضمون دار التلف قبل قبض المستحق للقبض ولو علم فتركها في يده حتى تلفت مع تمكنه من قبضها ففي ضمان
الولي او الدافع وجهان اجودهما الثاني وان اثم الولي بتركها في يده وان كان الخلع على دين رجع الولي على المختلع بمثله
لانه لم يجز على قبض صحيح يحصل به البراءة ويسترد المختلع من السفيه ما سلمه اليه فان تلف قبل رده له ففي ضمانه له وجهان
تقدما في بابه ولا ضمان هنا على الولي وان امكنه انتزاعه منه بغير اشكال لانه ليس عين الحق هذا كله اذا كان التسليم الى
السفيه بغير اذن الولي فان كان باذنه ففي الاعتداد وجهان من انه تسليم ماذون فيه ممن له الولاية فكان ذلك ماذونا ومن
الشك في نفوذ مثل هذا الاذن اذ ليس للولي ان يفوض الى السفيه الامر في ماله الا ان يعرض مراعاته له بحيث لا يخرج عن ملكه
فيتم البراءة وهذا التفصيل حسن واطلق في القواعد البراءة مع اذنه ولا يخلو من اشكال قوله ومن الذمي والحربي ولو كان
البذل خمرا او خنزيرا صح ولو اسلما او احدهما قبل الاقباض ضمنت القيمة عند مستحليه المعتبر في العوض كونه
قابلا للملك المتمول ضمن فلا عبرة بعدم قبول ملكية غير بماله فلو كان الزوجان ذميين صح بذلها له خمرا او خنزيرا
لصحة ملكها عندهما واولى منهما الحربيان ثم ان تقابضا كافرين فلا كلام وان اسلما او احدهما قبل التقابض ضمنت قيمته
عند مستحليه لانها اقرب شيء اليه كما لو جرى العقد على عين فتعذر تسليمها ونزل التعذر الشرعي منزلة الحسي
اذ لو كانت هي المسلمة امتنع منها اقباضه وان كان هو المسلم امتنع منه قبضه وزالت ماليته لكن له اخذ قيمتها منها الزاما
بما تستحله وينزل تعذر قبضه منزلة المعدوم ويحتمل سقوط حقه منه لو كان وقد تقدم نقل المصنف قولا فيما لو سلمت

القول بكونه طلاقا واضح ظاهر

قبل قبض المهر وكان خمرا ولو كان الاسلام قبل قبض البعض بحق كل جزء حكمه فيجب تقدير الباقي من القيمة ولو تراضيا فيما
الباقي قبل الاسلام والتقابض الزمها الحاكم القيمة ايضا لتعذر حكم الحاكم بالاصل كما لو تعذر اقباض المسلم لو قبضه
قوله والشرط انما يبطل اذا لم يقتضه العقد فلو قال فان رجعت رجعت لم يبطل بهذا الشرط لانه
مقتضى الخلع وكذا لو شرطت من الرجوع في الفدية الضابط في كل شرط لا يصح تعليق العقد عليه هو
الشرط الخارج عن مقتضى العقد فلو شرط له ما هو مقتضاه بمعنى ان مضمونه يتناوله العقد وان لم يشرط
لم يضر وكان ذلك بصورة الشرط لا بمعناه كقوله ان رجعت في البذل رجعت في الطلاق فان ذلك امر ثابت
مترتب على صحة الخلع شرطا ام لم يشرط وكذا قولها على ان لي الرجوع فيه في العدة ونحو ذلك وقد تشكل الحكم
في كل منهما من حيث اشتمال الاشتراط المذكور على تخلل كلام بين الايجاب والقبول في الاول على تقدير تاخر
القبول وتخلله بين الاستدعاء وقد تقدم اعتبار الفورية بينهما الا ان يدعى عنفا رمثل ذلك اما لقلته او لكونه
من مقتضيات العقد ولوازمه فلا يضر ذكره وان اوجب الفصل بين المقصود بالذات من اللفظين وهذا
الاخير هو الوجه وكذا القول في تخلل الكلام الواقع من هذا القبيل بين الايجاب والقبول وقد قدمنا الاشارة
الى مثله في النكاح قوله اما لو قال خالعتك ان شئت لم يصح وان شاءت لانه شرط ليس من مقتضاه وكذا لو قال
ان ضمنت لي الفا او ان اعطيتني وما شاكله وكذا متى او مهما او اي وقت او اي حين هذه جملة من امثلة الشرط
المقتضي للبطلان عند الاصحاب وضابطه ان يكون امرا متى تعقب بعد الصيغة علقت عليه يمكن وجوده وعدمه
وان امكن وجوده بعدها بغير فصل كما في قوله ان شئت فقالت شئت مقارنا للايجاب او ان ضمنت لي
الفا فقالت ضمنتها لك وكذا في تعلقه على اعطائها الجميع تلك الادوات والفرق بينها وبين قوله خالعتك
بالف من غير ان يتقدم سؤالها مع كونه في المعنى مشروطا بقبولها الذي هو بمعنى الضمان على ما قررناه بقا
ان الصيغة في نفسها هنا جازمة وان توقفت على شرط آخر كتوقف الايجاب الجازم على القبول وذلك لا يقتضي
جعله في نفس اللفظ معلقا عليه حتى لو قال في البيع بعتك بكذا فقبل صح وان كانت صحته في نفسه موقوفة على
القبول بخلاف ما لو قال بعتك بكذا ان قبلت فقال قبلت لوجود التعليق المنافي للجزم بالصيغة وفي هذه
التعاليق امر آخر زائد على تعليقه على القبول وهو ان المشبه المعلق عليها قد يقع مقارنة وقد يقع متأخرة
فيكون قد علق اللفظ على امر قد يقع سلطا بها وقد لا يقع فيرجع الى تعليقه على امر يبطل من حيث هو كلي وان كان
بالنظر الى بعض افراده سوافقا وفي التعليق على الاعطاء مانع آخر وهو انه غير مشروط بكونه عوضا
في الخلع بل متى حصل الاعطاء الملك كفى في تادي الشرط وان لم يكن على وجه العوض بل على قصد عدمه
والمال المعلق عليه صحة الخلع هو المجعول عوضا ومن ثم صح لو قال خالعتك بالف دون وعليك الف ونحو

وفي الحقيقة هذه الاحكام كلها راجعة الى صور الشرط المرتبط بالالفاظ والا فالمعنى متحد واثبات الاحكام بمثل
هذه الاعتبارات لا يخلو من تكلف وبقي البحث في تعليق الاستدعاء على الشرط وقد تقدم القول بجوازه وفي التحرير
لو قالت ان طلقتني واحدة فلك علي الف فطلقها فالاقرب ثبوت الفدية وهو تعليق محض الا ان يقال ان الاستدعاء
يتوسع فيه ومن ثم لم يختص بلفظ بخلاف الخلع الواقع من الزوج وفي الحقيقة كل لفظ يتقدم منهما فهو معلق على
الآخر ومن ثم قلنا انه مع تاخير القبول من جانبها يكون في الخلع شائبة الشرط الا انهم اعتبروا في نفس الخلع
الذي هو عبارة عن اللفظ الواقع من الزوج تجرده عن صورة الشرط بخلاف اللفظ الواقع منها ولو جعلنا الخلع عبارة
عن العقد المركب منهما اشكل الفرق وعلى ما ذكره من تعريف الخلع في التحرير من انه عبارة عن بذل المراة المال للزوج فدية لنفسها
يقوى الاشكال خصوصا في حكمه الذي حكيناه عنه قوله لو اكرهها على الفدية فعل حراما ولو طلق به صح الطلاق ولم تسلم
الفدية وكان له الرجعة يتحقق اكراهه عليها بتوعدها ايّاها بما لا يحتمله او لا يليق بجانبها من ضرب وشتم ونحوه لا بتقصيره
في حقوق الواجبة لها من القسم والنفقة فانه وان فعله لذلك على الاقوى الا ان يظهر لها ان ذلك طلبا لبذلها فيكون ذلك اكراها
ليصدق تعريفه عليه وقد تقدم البحث في ذلك في باب الشقاق من النكاح ولو حملها على ذلك بفعل ما لا يحرم عليه كالمعارضة
او ترك ما لا يجب فعله لم يعد ذلك اكراها اجماعا وحيث يتحقق الاكراه على البذل فان كان الواقع خلعا بطل وان قلنا انه طلاق
فلا يكون رجعيا الا ان ماهيته لا تتحقق بدون صحة البذل عندنا وان كان طلاقا بعوض وقع رجعيا من حيث فساد البذل
ولو كان بائنا من جهة اخرى بانت منه بغير عوض وكان التقصير من جانبه قوله ولو خالعها والاخلاق ملتئمة
لم يصح الخلع ولا يملك الفدية ولو طلقها والحال هذه لم يملك العوض وصح الطلاق وله الرجعة اما بطلان الخلع فلما تقدم
من اشتراط صحته بكراهتها له فبدون الكراهة يقع باطلا لفقد شرطه والتيام الاخلاق كناية عن عدم الكراهة
والا فانها امر نفسي يمكن مجامعتها لالتيام الاخلاق ظاهرا بان يكتم الكراهة ويحسن معه الخلق ولكن لما كان ذلك
على خلاف الغالب لم يعتبره اذ ما يضمر الانسان يظهر على فلتات لسانه وصفحات وجهه ولو فرض عدم ظهور كراهتها
مع وقوعها في نفس الامر لم يوجب الحكم بفساده لان العبرة بظهور الشرط لا بحصوله في نفس الامر واما بالنسبة اليها فيما
بينها وبين الله تعالى فيحتمل وقوعه فيلحقها حكم المطلقة بالنسبة اليها وان كانت بالنسبة اليه زوجة لكن الاقوى فساده
مطلقا لما تقرر من دلالة النصوص على ان المعتبر اظهارها الكراهة بالقول هذا بالنسبة الى الخلع واما الطلاق بعوض
فمقتضى كلام المص والجماعة كونه كذلك لاشتراكهما في المعنى بل مرة في المبسوط خلعا من حيث قسمه الى واقع بصريح
بالطلاق والى واقع بغيره وجعل الاول طلاقا وخلعا وجعل الخلاف في الثاني هل هو طلاق ام لا وهذا ان كان
اجماعيا فهو الحجة في حكمه والا فلا يخلو من اشكال لان النصوص انما دلت على توقف الخلع على الكراهة وظاهر حال الطلاق
بعوض انه مغاير له وان شاركه في بعض الاحكام قوله اذا اتت بالفاحشة جاز عضلها لتفتدي نفسها وقيل هو منسوخ

ولم يثبت الاصل في هذه المسئلة قوله تعالى ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن الا ان ياتين بفاحشة مبينة وقضية الاستثناء
جواز عضلهن مع اتيانهن بفاحشة مبينة ليفتدين انفسهن واصل العضل التضييق والمنع يقوله اردته امرا فعضلتني عنه
اي منعني وضيقت علي واعضل الامر اذا ضاق قاله الهروي وغيره والمراد هنا مضارة الزوجة المذكورة وسوء العشرة معها لتضطرها
الى الافتداء منه بمالها واختلف في الفاحشة المستثناة بسببها فقيل هو الزنا وقيل ما يوجب الحد مطلقا وقيل كل معصية وكون الحكم
على خلاف الاصل ينبغي معه الاقتصار على محل الوفاق وهو الاول الا انه ثابت على جميع الاقوال وهذا العضل الافتداء في معنى الاكراه عليه
كما تقدم فلذلك كان حكمها على خلاف الاصل وقيل ان هذه الاية منسوخة بقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة لانه
وان كان قبل نزول الحدود للرجال ان يعضل الزانية لتفتدي نفسها فلما نزلت الحد وحرم اخذ المال بالاكراه ويضعف بعدم المنافاة
بين الامرين والاصل عدم النسخ والاكثر على عدمه وعلى الاول فهل تتقيد جواز العضل ببذل قدر مخصوص كمقدار ما وصل اليها
ظاهر المص والاكثر عدمه لاطلاقهم الجواز الى ان تفتدي نفسها لاطلاق الاية ولعدم هذا خلعا وهو غير مقيد ورجح الشهيد
في بعض تحقيقاته تقييده بما وصل اليها منه من مهر وغيره حذرا من الضرر العظيم واستنادا الى قوله صلى الله عليه وآله لجميلة بنت
عبد الله بن ابي وقد قالت وازيده لا حديقته فقط وفي بعض الفاظ الرواية اما الزيادة فلا ولكن حديقته وحمل كلام الاصحاب
على غير صورة العضل وعلى ما اذا بذلت الزائد من قبل نفسها وفي الاحتياج من الجانبين معا نظر لان الاستثناء في الاية وقع من اذهاب
الازواج لبعض ما آتوهن لا بجميعه والاستثناء اخراج ما لولاه لدخل في اللفظ والجميع غير داخل فيه فاطلاق الاستثناء لا يفيد فلا حجة
فيها للزيادة قيس واما الخبر فلا دلالة فيه ايضا على موضع النزاع لان المراة المذكورة ليست من هذا الباب ولا عضلها زوجها وانما كانت
تود لو رضيت عنه وانما هي الكارهة له على اصل قاعدة الخلع كما اشرنا اليه سابقا وتقييده صلى الله عليه وآله بالحديقة لكون الزوج
طلبها والامتناع من الزيادة اجماعا واما جملة كلام الاصحاب بجواز اخذ الزيادة في غير صورة العضل ففيه انهم اطلقوا جواز
اخذ الفدية مع العضل الشامل لاخذ الزائد مع انك قد عرفت ان التقييد بقدر ما اخذت منه لا دليل عليه من الاية
وهو ظاهر ولا من الخبر لخروجه عن محل النزاع وليس ذلك من باب الخلع ولا المباراة ليبحث عن تقييده بذلك وشبهه واما حديث
الاضرار فحسن لكنه غير متقيد بكون البذل بمقدار ما وصل اليها بل بما يحصل معه الاضرار وعدمه ولا ظهر الافتقار في تقدير
العضل على بعض ما وصل اليها مطلقا عملا بظاهر الاية وقوفا فيما خالف الاصل على محل اليقين واعلم ان القول الذي حكاه المص من كون
الاية منسوخة تبع فيه الشيخ وهو قول لبعض العامة واما اصحابنا فلا يعرف ذلك لهم ولم ينقله احد من الاصحاب عنهم ولكن الشيخ
يحكي في المبسوط اقوالهم ويختار منها ما يرجح عنده وقد نقل القول بكونها منسوخة بقوله وهو ضعيف المستند قوله اذا صح الخلع
فلا رجعة له ولها الرجوع في الفدية ما دامت في العدة ومع رجوعها يرجع ان شاء متى صح الخلع فهو فرقة بائنة سواء جعلناه طلاقا
ام فسخا لانها بذلت المال لتملك البضع فلا يكون للزوج ولاية الرجوع اليه كما ان الزوج اذا بذل المال صداقا يملك البضع لا يكون
للمراة ولاية الرجوع الى البضع بغير سبب عارض يوجبه كالعيب وقد صرح به في اخبار كثيرة منها صحيحة ابن بزيع قال تبين منه وان شاءت

وقيل له

الزوجة بها

٣٨

ان يرد اليها ما اخذ منها وتكون امراته فعلت وفي دلالة على الامرين معا اعني كونه بائنا وجواز رجوعها في البذل فيرجع
هو حينئذ في الطلاق والمراد بقوله وتكون امراته ان طلاقها حينئذ يصير رجعيا والرجعية بمنزلة الزوجة للاجماع على انها لا تصير
امراته بمجرد رجوعها ويؤيده رواية ابي العباس عن ابي عبد الله عليه السلام قال المختلعة ان رجعت في شيء من الصلح يقول
لارجعن في بضعك فهذه صريحة في صيرورتها رجعية وظاهر الخبرين يلازم الحكمين فلو كانت العدة بائنة كما لو كانت المطلقة
المطلقة ثالثة لم يجز لها الرجوع في البذل لعدم امكان رجوعه في البضع ويؤيده ان الخلع عقد معاوضة كما سلف
والاصل في عقود المعاوضات انه لا يرجع احدهما في عوضه مع عدم رجوع الآخر سواء كان ذلك بعوضها
اليهما ام الى احدهما لانه على تقدير اختصاصه باحدهما يترتب على رجوعه في عوضه رجوع العوض الآخر الى صاحبه
فلو جوزنا رجوعها هنا مع عدم جواز رجوعه كان ذلك على خلاف الاصول الممهدة وايضا فالدليل على رجوعها
هو الخبران المتقدمان ومما دالان على امكان رجوعه في البضع والى مثل هذا نظر ابن حمزة واشترط في جواز
رجوعها تراضيهما معا عليه بناء على انه عقد معاوضة فيعتبر في فسخه رضاهما ونقى عن قوله في المختلف البأس
والوجه امكان اشتراط رجوعه في صحة رجوعها وان لم يعتبر رضاه اذ لا دليل على جواز رجوعها مطلقا وادعى
الشهيد في الشرح الاتفاق على ان البذل غير لازم من جهتها في زمان العدة ان تم فهو مقيد بذلك لان جواز
رجوعها مع عدم جواز رجوعه موضع الخلاف فكيف يدعى الاجماع عليه وظاهر الشيخ وصريح العلامة
التلازم بين صحة رجوعها وجواز رجوعه ويتفرع على ذلك ما لو رجعت ولم يعلم حتى انقضت العدة
فيحتمل صحة رجوعها على القولين لعدم التلازم بين الرجوعين فظاهر واما على الاخر فلان الشرط ثبوت
رجوعه شرعا اعم من ان يرجع ام لا ومتى كانت العدة رجعية كان رجوعه جائزا علم ام لم يعلم كما لو طلقها رجعيا
ولم يعلم بجواز الرجوع فيها فترك الى ان انقضت العدة فان ذلك لا يخرج العدة عن كونها رجعية ولان رجعتها
شرط في جواز رجوعه والشرط لا يتوقف وجوده المشروط بالفعل والا دار ووجه الاشتراط انه لو صح رجوعها
من غير علمه لزم الاضرار به بالعود عليه بالبذل مع فوات البضع وهو منفي بقوله صلى الله عليه وآله لا ضرر
ولا اضرار ولانها معاوضة يعتبر فيها علم المتعاوضين كسائر المعاوضات وفي الاستدلال من الجانبين
نظر اما الاول فلان ظاهر الخبرين الدالين على جواز رجوعها كون الزوج عالما به خصوصا الثاني والدور انما يلزم
لو توقف رجوعها ~~كون الزوج عالما به خصوصا الثاني~~ على رجوعه بالفعل اما اذا توقف على جوازه بالقوة
بمعنى تمكنه من الرجوع بعد رجوعها فلا لان مرجع الشرط ح الى كون العدة رجعية والزوج عالما بالحال
وهذا لا يتلح تقدمه في الوجود على صحة رجعتها ويجوز ان يجعلها متقارنين بالزمان فيكون دورا معية وهو غير
محال واما الضرر فيندفع بانه قادر على دفعه بالرجعة في الاوقات المحتملة الى آخر زمان العدة وبتقدير جهله

بعد رجوعها

اما على القول

على وجوده

بآخرها لا يمنع رجوعه في اوقات احتمالها فان طابق العدد وسبق رجوعها صح والا لغا مع ان المزيد اذا حصل من قبل
من يتوجه عليه لا يقدح وهو هنا كذلك حيث دخل على جواز رجوعها على هذا الوجه واما حديث المعاوضة فلا يقدح
اذ ليست على قاعدة واحدة يجب اطرادها ولانه لو اختار عدم الرجوع بعد رجوعها وقعت المعاوضة خالية
من العوض الآخر اذا تقرر ذلك فنقول حيث ترجع المرأة في العوض تصير العدة رجعية سواء رجع ام لا وهل
يترتب عليها احكام الرجعية مطلقا كوجوب النفقة والاسكان وتجديد عدة الوفاة لو مات فيها ونحو ذلك
وجهان من ان جواز رجوعه يقتضي ذلك اذ لا نعني بالعدة الرجعية الا ما يجوز للزوج الرجوع فيها ومن الحكم
ابتداء على البينونة وسقوط هذه الاحكام فعودها بعد ذلك يحتاج الى دليل والاصل يقتضي استصحاب الحكم
السابق ولا يلزم من جواز رجوعه على هذا الوجه كونها رجعية مطلقا لجواز ان يراد بالرجعية ما يجوز للزوج
الرجوع فيها مطلقا كما هو الظاهر واما قبل رجوعها فلا شبهة في انتفاء احكام الرجعية عنها وما يتفرع على جواز
تزويجه اختها واربعة فاما بعد رجوعها فهو منتف لانها صارت ح في حكم الزوجة كما صرح به في الخبر الصحيح واما قبله
ففي جوازه وجهان من تحقق البينونة ومن انه بتنزيله في حكم الرجعي ولانه على تقدير تقدم ذلك ثم رجوعها يصير
جامعا بين الاختين وازيد من العدد الشرعي فان جوزناه فعل ذلك فهل لها الرجوع بعده وجهان من انه ح لا يمكنه
الرجوع وهو شرط في جواز رجوعها على ما مر ومن وجود المقتضي لرجوعها وهو كونها في عدة خلع والمانع
انما جاء من قبله ولم يثبت ذلك في حقها ولان هذا العارض من قبله يمكنه ازالته بان يطلق الاخت والرابعة بائنة فله
الرجوع ح لزوال المانع والقول بجوازه ومتجه في الموضعين قبل رجوعها لا يخلو من قوة ويدل عليه مضافا
الى ما سلف صحيحة ابي بصير عن ابي عبد الله عليه السلم قال سألته عن رجل اختلعت منه امرأته ايحل له ان يخطب
اختها من قبل ان ينقضي عدة المختلعة قال نعم قد برئت عصمتها منه وليس له عليها رجعة وهذه الرواية
ان لم يكن صريحة في تزويجها بالفعل لان الخطبة لا تستلزم العقد والا انها ظاهرة فيه وتعليلها مرشد اليه ويترتب على
الجواز حكم رجوعها قبل ان يطلقها بائنا وعدمه ومن اعتبر التلازم بين الامرين لم يجوز رجوعها ح الا ان بينهما في
العدة وكذا على قول ابن حمزة من اشتراط تراضيهما في جواز رجوعها بقي في المسألة بحث آخر وهو انها لو رجعت في البعض
خاصة هل يصح الرجوع ويترتب عليه صحة رجوعه لم اقف فيه على شيء يعتد به وفيه اوجه كل منها محتمل احدها جواز
الرجوع ويترتب عليه رجوعه اما الاول فلما اتفق عليه الاصحاب من البذل غير لازم من جهتها فكما يصح لها الرجوع
في الجميع يصح في البعض لان الحق لها فلها اسقاط بعضه كما لها اسقاط الجميع فان عدم الرجوع في قوة الاسقاط
اذ لا يلزم منه رجوع الى العوض الآخر بل جوازه واما الثاني فلانه مترتب على رجوعها وقد حصل وفي رواية
ابي العباس ما يرشد اليهما لانه قال المختلعة ان رجعت في شيء من الصلح يقول لارجعن في بضعك وهو صريح

في الاكتفاء

في الاكتفاء بالبضع ويترتب رجوعه عليه والثاني المنع فيهما اما الاول فلان جوازه يقتضي صيرورة الطلاق
رجعيا وانما يصير رجعيا اذا لم يشتمل على عوض والعوض باق في الجملة اذ لا فرق فيه بين القليل والكثير ومن ثم لو جعل ابتداء
ذلك القدر الباقي بل اقل منه كفى في البينونة فالجمع بين كون الطلاق رجعيا وبقاء العوض في مقابلته متنافيان وفي صحيحة
ابن بزيع ما يرشد اليه لانه قال وان شاءت ان يرد اليها ما اخذ منها وتكون امرأته فعلت ومن العمدة في الباب لصحتها وظاهرها
اعتبار رد الجميع لانه ما من صيغ العموم فلا يترتب الحكم بالبعض وثانيها جواز رجوعها دونه اما الاول فلما تقرر
من ان البذل من جهتها جائز فيتخير في الرجوع واما الثاني فلان بقاء الشيء من العوض مانع من رجوعه وهو حاصل هنا
واضعفها الاخير لما يظهر من تلازم الامرين حيث لا يكون المانع من قبله وهو هنا ليس كذلك ولان هذا لو صح لزم الاضرار به
بان يرجع في اكثر البذل ويبقى منه شيئا يسيرا ليمنعه من الرجوع وهو منفي ولا وسيلة له الى اسقاطه بخلاف ما تقدم
والوسط لا يخلو من قوة **قوله** لو خالعها وشرط الرجعة لم يصح وكذا لو طلق بعوض لان ذلك شرط مناف لمقتضى
العقد والمشروع فان من حكم الخلع والطلاق ان يكون بائنا فاشتراط الرجعة فيه ينافي موضعه الشرعي فلا يكون اشتراط
سائغا فيبطل ويترتب عليه بطلان الخلع واما الطلاق فينبغي ان يقع رجعيا ان خلى من موجبات البينونة والا
بطلانه ايضا وكذا لو اتبع الخلع بالطلاق وخالف في ذلك بعض الشافعية فابطل الشرط وحكم بالبينونة
بمهر المثل لان الشرط جزء من العوض فيفسد العوض وتحصل البينونة بمهر المثل ولهم قول آخر بعدم الصحة ووقوع
الطلاق رجعيا كما اشرنا اليه **قوله** المختلعة لا يلحقها طلاق بعد الخلع لان الثاني مشروط بالثاني نعم لو رجعت في
الفدية فرجع جاز استيناف الطلاق عدم صحة طلاق المختلعة على اصولنا واضح لان شرطه ان يقع بالزوجة
وهي بعد الخلع بائنة سواء جعلناه طلاقا ام فسخا نعم لو رجعت في البذل فرجع في الخلع الى الطلاق فلا شبهة
في جواز طلاقها ح لانها صارت زوجة ونبه باصل الحكم على خلاف بعض العامة حيث جوز طلاق المختلعة
ما دامت في العدة ووافقنا اكثرهم على ما ذكرناه وكما لا يصح طلاقها فكذا ظهارها والايلاء منها لاشتراك الجميع
في المقتضي وهو خروجها عن الزوجية وهذه الاحكام معلقة عليها **قوله** اذا قالت طلقني ثلاثا بالف فطلقها
قال الشيخ لا يصح لانه طلاق بشرط والوجه انه طلاق في مقابلة بذل فلا يعد شرطا فان قصد الثلث ولاء لم يصح
البذل وان طلقها ثلاثا مرسلا لانه لم يفعل ما سألته وقيل يكون له الثلث لوقوع الواحدة اما اذا قصدت الثلث
التي يتخللها رجعتان صح فان طلق ثلاثا فله الالف وان طلق واحدة قيل له ثلث الالف لانها جعلته في مقابلة الثلث
فاقتضى تقسيط المقدار على الطلقات بالسوية وفيه تردد اذا قالت له طلقني ثلاثا بالف او على الف فلا يخلو
اما ان تريد الثلث على الولاء بمعنى ان يأتي بصيغة الطلاق ثلث مرات من غير ان يتخللها رجعة او تريد بها المرسلة
وهي ان يقول لها انت طالق ثلاثا او تريد به الثلث التي يتخلل بينها رجعتان فاذا ارادت احد المعنيين الاولين

ذلكم

فلما

بعوض

لم يصح اذ لا يقع الثلث الولاء شرعا ولا المرسلة كما سلف فيكون طالبا لباطل شرعا ولا ينصرف الى الواحدة لان المقصود
غيرها وربما احتمله بعضهم حملا للبذل على الصحيح فيكون له الالف وهو ضعيف جدا لكن ان قلنا بوقوع واحدة منها
فهل يستحق عليها شيئا الاظهر العدم لانه لم يحصل ما طلبت فلا يستحق ما بذلت واختلف كلام الشيخ في المبسوط ففي
موضعين منه انها لا تستحق بالواحدة شيئا في موضعين آخرين انما تستحق الثلث وان ارادت الثلث التي يتخللها رجعتان
قصدا او صرحت بذلك فقد قال المص انه يصح وتبعه العلامة في كتبه وفيه اشكال من حيث ان وقوع الثلث على هذا الوجه
يستدعي تاخر الطلقتين الاخرتين عن استدعائها بتخلل الاول بينهما وبتخلل الرجعتين وذلك مناف لعقد الخلع
كما سلف ولان البذل في مقابل الطلقات الثلث ورجوعه في كل واحدة يتوقف على رجوعها قبله في البذل فان لم تصح الطلقات
لكونها بائنة يتوقف على رجوعها ثم رجوعه ليصح الطلقات المتعقب وان حصل لم يتحقق استحقاقه الالف لان رجوعها في البذل
يرفع استحقاقه له فلا يكمل له الالف في الثالثة ولو قيل بان البذل في مقابلة الثالثة خاصة ليسلم من توقفه على رجوعها لم يحصل
الفورية بين طلبها وجوابه اصلا وقد اختلفوا في الجواب عن هذين الاشكالين فمنهم من اعتبر الفورية في الطلاق الاول خاصة
وجعل الباقي من تتمة المقصود واعتبر رجوعها في البدل بين الطلقات لتوقف ما طلبته عليه والتزم توقف ملكه للالف
على الثالثة لانها حصل ما طلبته فاستحق ما بذلته فيكون الاوليان شرطا في استحقاق البذل على الثالثة لا جزءا من المطلوب
ومنهم من جعل شرطها ذلك اذنا له وتوكيلا في الرجوع عنها في البذل لاستلزام وقوع الثلث على هذا الوجه تخلل الرجوع فاذا بذلت
عليه العوض فقد اذنت له في فعل ما يتوقف عليه صحتها فاذا طلق واحدة جاز له الرجوع عنها في البذل لتصير رجعية ثم يرجع
ويطلق ثم يرجع في البذل كذلك ثم يرجع هو ويطلق وكل واحد من هذين الجوابين فاسد اما الاول فلان رجوعها يمنع من ملكه للعوض
المفروض في مقابلة الطلقة المرجوع في عوضها فلا يمكن الجمع بين كون الالف مبذولة في مقابلة الثلث ثم ثبوتها في مقابلة الاخيرة لان ثبوتها
في مقابلة الاخيرة خاصة يقتضي كون الاوليين رجعيتين فلا يفتقر الى رجوعها في العوض وايض فان مقتضى لفظها كون العوض في مقابلة المجموع
لا الثالثة خاصة واما الثاني فلان صريح لفظها انما هو بذل الالف في مقابلة طلاقها لها اما فعل ما يتوقف عليه من رجوعها فلا ولا يلزم
من عدم صحة طلاقه بدون رجعتها اذنها له في الرجعة لجواز ان يوقع هو الطلاق ثم يتوقف على رجوعها بنفسها في العوض
وايض فالمحذور اللازم من السابق من جعل البذل في مقابلة الجميع وسقوط ما قابل الرجوع فيه آت هنا والحق في الجواب عنهما ان يقول
ان البذل انما وقع في مقابلة المجموع من حيث هو مجموع لا في مقابلة كل واحدة من الثلث على وجه التوزيع ولا في مقابلة الثالثة
خاصة وح فلا يتحقق استحقاق العوض الا بتمام الطلقات الثلث فالاوليان يقعان رجعيتين محضا فلا يتخلل الرجوع فيهما من غيران
رجوعها في العوض فاذا تمت الثلث استحق العوض بتمامه لا في مقابلة الثالثة كما قيل بل في مقابلة المجموع من حيث هو مجموع وصارت
بائنة بوجهين كونها ثالثة والاوليان رجعيتان لعدم بذل عوض في مقابلتهما من حيث انهما مفردتان بل حيث انهما جزء من المجموع
وذلك لا يقتضي استحقاق شيء في مقابلتهما فاندفع الاشكال الثاني واما الاول فلم يندفع بفورية الطلاق الاول لاستدعائها واتباع

لم يحصل

استحقت
في مقابلة عوض وكونها

بالباقي

٤٣

بالباقي مع تخلل الرجعتين على الفور لان المجموع ذلك مطلوب واحد وعقد واحد فيكفي ترتب اوله على
استدعائها وان تجدد بعد الجزء الاخير كما لا يقدح بعد الجزء الاخير من صيغة الطلاق الواحد
الموحد عن الاستدعاء وهما مشتركان هنا في الوحدة من حيث اتحاد المطلوب وكون البذل في مقابلة
وان افترقا بتعدد احدهما في نفسه فان ذلك امر آخر وهذا البحث كله انما يأتي على القول بجواز
اجتماع الطلقات الثلث في الطهر الواحد فلو اوجبنا تفريقها على الاطهار سقط التفريع وفي
حكم ما لو فرق الطلاق على الاوقات وجعل بينها تراخيا مخرجا عما يعتبر في عقد الخلع فلا يستحق
شيئا وان حصلت البينونة كما لا يستحق شيئا لو بذلت له في مقابلة طلقة واحدة فاوقعها متراخية
عن الاستدعاء بما يقدح فيه فهذا ما يتعلق بحكم المسألة على تقدير ايقاع ثلث طلقات على وفق
ملتمسها فاما اذا طلق واحدة خاصة فهل يستحق في مقابلتها شيء من الالف قال في موضع من
المبسوط انه يستحق ثلث الالف لان جعل الالف في مقابلة عدد يقتضي تفريقه على احاد ذلك العدد
وقد حصل ثلثه فيكون له ثلث الالف وقال في موضعين آخرين انه لا يستحق شيئا وهو الذي يرشد
اليه تردد المص في الحكم الاول لان البذل في مقابلة المجموع من حيث هو كما حققناه سابقا والمجموع
حالة هي البينونة لا تحصل لكل واحد من احاده فلا يستحق شيئا وهذا هو الاقوى عليهما يتفرع ما
لو طلق طلقتين اثنتين فيستحق الثلثين على الاول دون الثاني ولكنهم لم يذكروا حكم هذا القسم
بقي في المسألة بحث يتعلق بتحقيق محل النزاع فيما ادعى الشيخ فيه انه طلاق بشرط وبيان شرطيته و
تحريره ان المص رحمه الله نقل عن الشيخ انها اذا قالت طلقني ثلاثا بالف فطلقها لا يصح لانه طلاق
بشرط وتبعه على هذا النقل تلميذه العلامة في التحرير والذي رايناه من كلام الشيخ خلاف ذلك وانه
نقل البطلان معللا بالشرط في كلام آخر يخالف ما نقله للمص في اللفظ والمعنى وهو انه جعل مورد
الشرط ما لو قالت طلقني عندك ثلاثا وهذا اللفظ هو المحتمل للشرط دون ما عبر به المص لان الباء
صريحة في العوض ولننقل عبارة الشيخ في ذلك ثم نبين وجه الشرط فيما ذكر قال في موضع من المبسوط
اذا قالت لزوجها طلقني ثلاثا بالف درهم فقال لها قد طلقتك ثلثا بالف درهم صح عند المخالف
وعندنا لا يصح لان طلاق الثلث لا يقع عندنا بلفظ واحد ولا يجب ان نقول هنا انها تقع
واحدة لانها انما بذلت العوض في الثلث فاذا لم تصح الثلث وجب ان يبطل من اصله ثم قال اذا
قالت طلقني ثلاثا على ان ذلك على الف فطلقها صح الخلع ولزمها الالف وانقطعت الرجعة وعندنا
لا يصح لما قلناه ولانه طلاق بشرط وقال في موضع آخر انه قالت له طلقني ثلثا بالف فطلقها ثلثا

علاوة

فعليها الالف وان طلقها واحدة او ثنتين فعليها ما يخصه وعندنا انه لا يصح اصلا وقد مضى
وان قالت له طلقني ثلثا على الف فالحكم فيه كما لو قالت بالف وقال قوم في هذه ان طلقها ثلثا فله
الف وان طلقها اقل من ثلث وقع الطلاق ولم يجب عليها ما سمى وفصل بينهما بان قال اذا قالت
بالف فهذه باء البدل والبدل يقتضي ان يقسط على المبدل كما لو باع ثلثة اعبد بالف واذا قال
على الف علق الطلاق الثلث بشرط هو الالف فاذا لم يوقع الثلث لم يتحقق الشرط لم يوجد الشرط فلم يستحق
شيئا فهذا ما يتعلق الغرض بنقله من عبارته ومحصلها ان التعليل للبطلان بالشرط انما هو على
تقدير قولها بطلان التمييز بين قولها بالف لان الباء للعوض والبدل لا الشرط بغير اشكال ومقتضى
كلامه الاخير ان النظر على مجرده عن ان للعوض ايضا ولكنه نقل عن بعضهم انها للشرط فظهر ان
ما نقله عنه المص غير مطابق لعبارته وقد تنبه لذلك العلامة في القواعد فنقل فيها عن الشيخ
انها لو قالت طلقني على ان لك علي الفا لا يصح لانه طلاق بشرط ثم قال والوجه انه طلاق في
مقابلة عوض فلا يعد شرطا وهذا هو الصواب وملخص النزاع في ان قولها على ان تفيد
الشرط اولا انها استعمل في الشرط لغة حتى في القران في قوله تعالى قال له موسى هل اتبعك
على ان تعلمني مما علمت رشدا والاصل في الاستعمال الحقيقة وبهذا اخذ الشيخ رحمه الله واجيب
بمنع كونها فيما ذكر للشرط ايضا بل للعوض والمراد على ان تجعل تعويضي على اتباعي لك تعليمي
واوضح منه قوله نعم هل نجعل لك خرجا على ان تجعل بيننا وبينهم سدا وقوله تعالى اني اريد ان
انكحك احدى ابنتي هاتين على ان تاجرني ثماني حجج فجعلها عوض البضع ولئن استعمالها في
ذلك دليل الحقيقة والاخر محمول عليه حذرا من الاشتراك او محمول على المجاز لانه خير منه ولان
اهل اللغة عدوا ادوات الشرط ولم يذكروا على فيها ومثله القول في على مجردة عن ان وهذا
القول هو الاصح وقد ظهر من ذلك ايضا ان موضع توهم الشرط هو ما لو قالت على او على ان لا
ما اذا اتت بالباء لانها للعوض بغير اشكال واعلم انه لا فرق على قول الشيخ بين تعلق سؤالها
بثلث طلقات او بواحدة وان كان قد ذكر في التمثيل التماس الثلث المنفي للشرط دخول ما ادعاه
من اداته وهو على ان دخوله في الثلث وعلى هذا فلو قالت طلقني واحدة على ان لك الفا فطلقها
واحدة جرى الخلاف في صحته وفساده من حيث الشرط وان كان صحيحا من حيث الوحدة وقد
اسلفنا في اول الكتاب ما يفيد ان شائبة الشرط في ايجاب الخلع انما يظهر مع تاخر قبولها اما مع
تقدمه ففيه شائبة الجعالة لا الشرط الا مع الاتيان بالشرط الصريح وهو نافع في هذا البحث

لانه

قوله

قوله ولو كانت معه على طلقة فقالت طلقني ثلاثا بالف فطلق واحدة كان له ثلث الالف
وقيل له الالف وان كانت عالمة والثلث ان كانت جاهلة وفيه الاشكال اذا كان قد طلقها
طلقتين وبقيت معه على طلقة واحدة ثم تبين منه فقالت طلقني ثلاثا بالف فطلقها واحدة
بالف في اصل استحقاقه عليها ومقداره اوجه احدها ان له ثلث الالف لانها جعلت الالف
في مقابلة عدد فيكون موزعا على احاده لما تقدم من انه مع تقدم استدعائها يكون في المعا وضة
شائبة الجعالة وذلك هو مقتضاها كما لو كان يملك الثلث فطلق واحدة وثانيها التفصيل
فان كانت عالمة بانه لم يبق الا واحدة استحق تمام الالف لانها اذا علمت الحال لا تبذل
الالف الا في مقابلة تلك الواحدة ويكون غرضها تحقيق الحرمة الكبرى ويعني بقولها
طلقني ثلاثا كملي الثلث وان لم يعلم فله الثلث لانها لم تبذل الالف الا في مقابلة الثلث
فوجب ان يوزع وهذا اختيار الشيخ في المبسوط وثالثها انه يستحق الالف مطلقا لانه حصل
بتلك التطليقة مقصود الثلث وهو الحرمة الكبرى فكانها قالت ابني بالثلث طلقات
ورابعها انه لا يستحق شيئا مطلقا لانها انما التمست الثلث بالف ولم يحصل له هو لا
يملكها فلا يمكنه ايقاعها عقيب طلبها والتوزيع قد عرفت ضعفه واقتضاء الجعالة ذلك
ممنوع وكونها مع العلم قاصدة للواحدة ممنوع ايضا نعم لو فرض قصدها ذلك فلا اشكال
في لزوم الالف في مقابلة الواحدة الا ان ذلك خارج عن موضع النزاع وهذا الاخير
هو الاقوى الا مع فرض قصدها تكميل الثلث ولو شالت الثلث على هذا الوجه
وهو يملك طلقتين فطلقها واحدة فله ثلث الالف على الاول وكذا على الثاني مع جهلها
ومع علمها بالنصف توزيعا للالف على الطلقتين ولا شيء له على الرابع والثالث متفق
هنا وان طلقها تطليقتين فعلى الاول يستحق ثلثي الالف وعلى الثاني كذلك مع جهلها وتمام
الالف مع علمها وعلى الثالث يستحق تمام الالف مطلقا وعلى الرابع لا يستحق شيئا وهو الاقوى
واعلم ان موضع النزاع ما اذا طلقها في الصورتين بنية ان الطلقة او الطلقتين في مقابلة
الالف او صرح بذلك او لم ينو شيئا اما لو نوى بها اقل منها فلا اشكال في عدم استحقاقه
تمام الالف الا على الاحتمال الذي ياتي في المسئلة الثالثة قوله لو قالت طلقني واحدة
بالف فطلق ثلثا ولاء وقعت واحدة وله الالف ولو قالت طلقني واحدة بالف فقال
انت طالق فطالق فطالق طلقت بالاولى ولغى الباقي وان قال الالف في مقابلة الاولى

فالالف له وكانت التطليقة بائنة والفدية ولو قال في مقابلة البائنة كانت الاولى رجعية
وبطلت الثانية والفدية ولو قال في مقابلة الكل قال الشيخ وقعت الاولى وله ثلث الالف
وفيه اشكال من حيث ايقاعه ما التمسته : اذا قالت طلقني واحدة فطلقها ثلثا فلا يخلو اما
ان يوقعها مرسلة او ولاء او متخللة برجعتين فعلى الاول يستحق الالف مطلقا بناء على صحة
واحدة بقوله انت طالق والغا قوله ثلثا فكانه لم يطلق الا واحدة وفي ما التمست ولم يفرق الاصحاب
هنا بين الجاهل بحكم الثلث على هذا الوجه وانه لا يقع الا واحدة وبين العالم ولو قيل
بالفرق وتخصيص للحكم المذكور بالعالم كان وجها وبقي الكلام في الجاهل الذي يجوز
وقوع الثلث فان قصد الالف في مقابلة الاولى فكذلك وان قصدها في مقابلة غيرها
او مقابلة الجميع توجه عدم لزوم الالف لانه لم يقصد تملكها في مقابلة الطلاق الصحيح
بل علق تملكها على امر لم يتم له كالو طلقها ثلثا ولاء وقصدها في مقابلة غير الاولى وان
طلقها ثلثا ولاء فعندنا تقع الاولى خاصة ثم ان قصد كون الالف في مقابلتها استحقها
ولغي الباقي وان قصد كونها في مقابلة الثانية او الثالثة وقعت الاولى رجعية لخلوها عن قصده
العوض ولم يستحق شيئا من الالف لجعلها في مقابلة عوض باطل وعند من صحح وقوع الجميع
يكون السابقة على التي نوى العوض في مقابلتها رجعية والمقابلة بالعوض بائنة فان كانت
الثانية لغت الثالثة لا من حيث عدم الرجعة بل لان الطلاق لا يقع بالبائن وان نواه في مقابلة
الثالثة فالاوليان رجعيتان والثالثة بائنة ومنهم من وافقنا على عدم استحقاقه الالف
متى لم ينوها في مقابلة الاولى بناء على ان الخلع لا يقع بالرجعية وان قصد كونها في مقابلة
الكل قال الشيخ في المبسوط وقعت الاولى بثلث الالف بناء على التوزيع على ما نواه وتبطل الثانية نيه
والثالثة واستشكل المص ذلك من حيث انه قد اوقع ما التمسته وهو الطلقة الصحيحة فينبغي
ان يستحق ما بذلته في مقابلتها وان نوى كونها في مقابلة الجميع لان الخلع ليس معاوضة محضة
حتى يبطل باختلاف الايجاب والقبول في العوض كما لو قال بعتك هذه العبيد الثلثة بالف فقال قبلت
واحدا معينا منها بالالف فانه لا يصح قولا واحدا وغيرا انه وان لم يكن معاوضة محضة لكنه لما
قصد كون الالف في مقابلة الجميع فقد نوى فعل الاول بثلث الالف فلا يستحق الجميع لان
هذا الاستدعاء يشبه الجعالة كما بيناه سابقا ومع بذل الجاعل عوضا معينا فعمل العامل بنية
التبرع او بنية الاقل فلا يستحق الجميع فكذا هنا نعم هذا يتم اذا لم ينو شيئا فانه قد يكون فعل ما

ما التمسته فيستحق ما بذلته ويجعل جوابه بقوله انت طالق ولا مطابقتها لملتمسها اما
مع نيته جعله في مقابل الكل فلا وفي المسئلة وجه آخر يقابل ما استوجبه المص وهو عدم
استحقاقه شيئا لعدم مطابقة الجواب للسؤال فانها بذلت الالف في مقابلة طلقة وجوابها
بجعلها في مقابلة ثلث كمن لها طلقني واحدة بالف فقال انت طالق بخمسمائة ومثله ما لو
قال انت طالق بالف فقبلت بخمسمائة والوجه هنا ما اختاره الشيخ لانه زاد ولانه
قادر على ايقاعه بغير عوض فاولى ان يقدر على ايقاعه فقال انت طالق ببعض العوض
المبذول واعلم ان الحكم بتوزيع الالف وثبوت ثلثها في مقابلة الاولى لا ينافي عدم الحكم به
في المسائل السابقة للفرق بين الامرين فان التوزيع الذي استضعفناه فيما لو اتى ببعض ما التمسته
فانه لا يوافق غرضها بخلاف ما هنا فانه قد اتى بملتمسها وانما نوى عوضا اقل مما بذلته فكذلك
جعلنا له اقل بمقتضى التوزيع على مقصده لان ذلك في قوة التبرع بالزايد عن الثلث وليس
كل ما فعل ما التمسته ~~يستحق عليها ما بذلته~~ يستحق عليها ما بذلته فانه لو نوى التبرع بالطلاق
الملتمس بغير عوض لا على وجه الجواب المطابق لا يستحق شيئا فكذا هنا بالنسبة الى بعض
العوض قوله اذا قال ابوها طلقها وانت برئ من صداقها فطلق صح الطلاق رجعيا ولم
يلزمها الابرا ولا يضمنه الاب : اب الزوجة في اختلاعها وطلاقها بعوض كالاجنبي فان
اختلع بماله نفسه جاء فيه الخلاف السابق في المتبرع ولا فرق بين ان تكون صغيرة او كبيرة
وان اختلع بمالها وصرح بالاستقلال فهو كالاختلاع بالمال المغصوب والطلاق به وان
اختلعها بالصداق او قال طلقها وانت برئ من صداقها فطلقها طلقت رجعيا ولم يبرا من
صداقها وان وقع خلعا بطل ان لم يتبع بالطلاق والا وقع رجعيا ايضا لانها ان كانت رشيدة
لم يملك ابوها التصرف في مالها بغير اذنها وان كان يلي عليها بصغر او سفه او جنون لم يصح
ايضا لانه انما يملك التصرف في مالها فيه غبطة وحظ ولا حظ لها في هذا كما لو كان لها
دين فاسقطه وكذا لا يبرأ الزوج من الصداق ولا ضمان على ابيها لانه لم يضمن على نفسه شيئا
ويقع الطلاق رجعيا لانه لم يسلم له العوض ولا فرق في ذلك بين ابرايه من جميع صداقها
او من بعضه وان جوزنا له العفو عن بعضه لان العفو امر اخر غير جعله عوضا عن
الطلاق وايضا فان العفو عن البعض مشروط بوقوعه بعد الطلاق كما تشعر به الآية والبراءة
هنا تكون بنفس الطلاق فلا يقع قوله اذا وكلت في خلعها مطلقا اقتضى خلعها بمهر المثل

نقدا بنقد البلد وكذا الزوج اذا وكل في الخلع فاطلق فان بذل وكيلها زيادة عن مهر
المثل بطل البذل ووقع الطلاق رجعيا ولا يضمن الوكيل ولو خلعها وكيل الزوج باقل من
مهر المثل بطل الخلع ولو طلق بذلك البذل لم يقع لانه فعل غير ماذون فيه : عقد الخلع مما
يجوز الوكالة فيه من طرف كل واحد والزوجة كما يجوز التوكيل في البيع والنكاح وغيرهما
لان غرض الشارع لا يتعلق بايقاعه من الزوجين مباشرة ثم اما ان يقدر الموكل قدرا
او يطلق فان قدر اقتصر الوكيل عليه ولو زاد وكيل الزوج فقد زاد خيرا وكذا ان نقص
وكيلها عنه وان اطلق الموكل فعلى وكيل الزوج ان يخالع بمهر المثل او اكثر ويعتبر كونه نقدا
بنقد البلد فان خالف في القدر فنقصه او جعله موجلا او بغير النقد بطل التقدير
وتبعه الخلع والطلاق وعلى وكيل الزوجة ان يخالع به او بما نقص منه نقدا بنقد البلد فان
نقص او جعله موجلا فقد زاد خيرا الا ان يتعلق غرضها بالحال وان خالف فجعلها
بزيادة عن مهر المثل بطل وتبعه الخلع ان لم يتبعه الزوج بالطلاق او كان طلاقا بعوض
والاصح وقع رجعيا والفرق بين الطلاق الواقع من الزوج مع مخالفة وكيل الزوجة
ومن وكيل الزوج مع مخالفته حيث صح الاول رجعيا دون الثاني ان الطلاق من الزوج
وقع من مالك الطلاق وله ان يطلق بعوض وغيره فان صح العوض كان باينا والا فهو
رجعي من هذا الوجه بخلاف طلاق وكيل الزوج حيث يخالف ما قيد له او دل عليه
الاطلاق شرعا لانه طلاق غير ماذون فيه لان تصرف الوكيل مقصور على الاذن فاذا
خالف وقع بغير الاذن فكان باطلا واعلم ان قول المص فيما لو بذل وكيلها زيادة عن مهر المثل
بطل البذل ووقع الطلاق رجعيا مع انه فرضه في الخلع لا في الطلاق بعوض مبني على ما لو
اتبعه بالطلاق او اراد بالخلع ما يشمل الطلاق بعوض لما تقدم من جواز اطلاق الخلع عليه
والا فلو كان قد اقتصر على الخلع بالزايد كما تقتضيه العبارة فالوجه انه يقع باطلا فلا يكون الطلاق
رجعيا وان جعلنا الخلع طلاقا لان فساد الخلع يستلزم عدم تاثيره في الطلاق بخلاف ما
لو اتبع به او كان طلاقا بعوض فانه لا يلزم من فساد العوض فساد الطلاق على اصح القولين
وربما قيل هنا بفساد الطلاق ايضا بناء على ان العوض لم يسلم له وانما قصده بالعوض
لا مجردا واما قوله في مخالفة وكيل الزوج باقل من مهر المثل بطل الخلع ولو طلق لم يقع فعبارته
فيه جيدة وافية بالمطلوب قوله اذا اتفقا في القدر واختلفا في الجنس فالقول قول المراة :: مسايل النزاع وهي ثلث

اذا اتفقا على وقوع الطلاق بعوض مبذول من جانبها ولكن اختلفا في جنسه مع اتفاقهما
على قدره وانهما اتفقا على جنس مخصوص وتلفظا به وانما وقع الاختلاف فيما عيناه
منه فقالت هو مايتا درهم فقال بل مايتا دينار مثلا فقد قال المص وقبله الشيخ والاكثر
القول قول المراة لانها منكرة لما يدعيه والاصل عدم استحقاقه اياه وهو مدع فعليه
البينة وعليها اليمين فتحلف يمينا جامعة بين نفي ما يدعيه واثبات ما تدعيه فينتفي
مدعاه وليس له اخذ ما تدعيه لاعترافه بعدم استحقاقه اياه نعم لو اخذه على وجه التقاص
اتجه جوازه ويشكل هذا القول من راس لان كل منهما مدع ومدعى عليه والاخر ينكر ما
يدعيه وهذه قاعدة التحالف في نظايره من عوض البيع والاجارة وغيرهما وانما يتجه تقديم
قول احدهما اذا اتفق قولهما على قدر وادعى الاخر الزيادة عليه وانكرها الاخر ليكون منكر
الزيادة منكرا لكل وجه ومدعيها مدعيا بخلاف صورة النزاع لانه دعوى الذهب الجامع
دعوى الفضة والانكار من كل منهما لما يدعيه الاخر محقق فلو قيل بانهما يتحالفان ويسقط ما
يدعيانه بالفسخ او الانفساخ ويثبت مهر المثل الا ان يزيد عما يدعيه الزوج كان حسنا ولا
يتوجه هنا بطلان الخلع لاتفاقهما على صحته وانما يرجع اختلافهما الى ما يثبت من العوض
ويحتمل ان يثبت مع تحالفهما مهر المثل مطلقا لتساقط الدعويين بالتحالف خصوصا اذا كان
الواجب منه مغايرا لما يدعيه الزوج حتى لا يدخل في ضمن دعواه ولو انعكس الفرض بان
اتفقا على الجنس واختلفا في قدره كما لو قال انها بذلت الف درهم فقالت بل مايه درهم
قدم قولها هنا قطعا لانه المايه قدر يتفقان على ثبوته وانما يختلفان في الزايد وهي تنكره
فيقدم قولها في نفيه قوله لو اتفقا على ذكر القدر دون الجنس واختلفا في الارادة قيل يبطل وقيل م
على الرجل البينة وهو اشبه : المراد انهما اتفقا على ذكر القدر على عدم ذكر الجنس لفظا وعلى انها
ارادا جنسا معينا اتفقت ارادتهما عليه ولكن لا ان اختلفا في ذلك الجنس الذي اراد حالة
العقد بان قالت له طلقني بمايه فطلقها بها ثم قال اردنا بها مايه دينار فقالت بل مايه
درهم فقال المص وجماعة القول قولها ايضا لان العقد صحيح في نفسه حيث اتفقا على ارادة
جنس معين والاراده كافية في صحته وان لم يتلفظ بها وحينئذ فيرجع الاختلاف في الارادة
الى الاختلاف في الجنس المعين فيرجع اليها فيه كالسابق ولانه الاختلاف في ارادتها ولا يطلع
عليها الا من قبلها ويشكل الاول بما ذكر في الاول من ان الاختلاف في الجنس لا يقتضي تقديم قولها

بل التخالف والثاني بان الاختلاف يرجع الى تعيين ما اتفقا عليه من الارادة لا الى ارادتها
وحدها فان المعتبر ارادتهما معًا ولا يكفي ارادتها وحدها وارادة كل منهما لا يطلع عليها
الامن قبله فلو قيل بالتخالف هنا ايضًا لان كل منهما منكر لما يدعيه الآخر كان وجهًا وقال
الشيخ في المبسوط يبطل الخلع هنا مع موافقته على تقديم قولها في السابق والفرق غير
واضح وليس البطلان على قوله معللًا بعدم ذكر الجنس لفظًا لانه صرح في المبسوط بعدم
اشتراط ذكره لفظًا بل يكفي اتفاقهما على ارادته فقال فيه اذا ذكرت القدر دون الجنس
والنقد فقالت خالعني بالف فان اتفقا على الارادة انهما ارادا الدراهم او الدنانير لزم
الالف من غالب نقد البلد فبقي ان وجه البطلان في هذه المسئلة من جهة اخرى ولعله صيرورة
البذل مجهولًا وهو يقتضي الفساد عندنا لكن فيه ان المجهولية المانعة هي الواقعة حالة
العقد وهما متفقان على احدهما وانما حصلت الجهالة بتنازعهما في المراد كما لو حصلت
بتنازعهما فيما عيناه باللفظ فانه لا يقتضي البطلان عنده ولو اتفقا على انهما لم يريدا
جنسًا من الاجناس حالة العقد بطل الخلع عندنا ولو كان اتفاقهما في اصل الارادة مع اتفاقهما
على عدم ذكر الجنس فقال احدهما اردنا جنسًا معينًا وقال الآخر انا لم نرد بل اطلقنا رجع
النزاع الى دعوى الصحة والفساد ومقتضى القاعدة المشهورة تقديم مقتضى الصحة مع
يمينه واختار في التحرير تقديم قول المرأة هنا سواء كانت دعواها الارادة ام عدمها وهو تتم
مع دعواها التعيين اما مع دعواها الاطلاق فمشكل لانها تدعي بطلان البذل وان كان اصل
عدم التعيين موافقًا لقولها التعيين ولو قال خالعتك على الف في ذمتك فقالت بل في ذمة
زيد فالبينة عليه واليمين عليها ويسقط العوض مع يمينها ولا يلزم زيدًا وكذا لو قالت بل
خالعك فلان والعوض عليه اما لو قالت خالعتك بكذا وضمنه عني فلان لزمها الالف ما لم يكن
بينة لانها دعوى محضة ولا يثبت على فلان شيء بمجرد دعواها. هذه المسائل لبيان اختلافهما
فيمن عليه العوض والبحث فيها يقع في مواضع آ لو قال خالعتك على الف في ذمتك فقالت بل بالف
في ذمة زيد فقد قال المص وقبله الشيخ في المبسوط ان القول قولها بيمينها انه لم يكن لها بينة لاصالة
براءة ذمتها من العوض ولان مرجع الدعوى الى انه يدعي شغل ذمتها ويعترف بكون الطلاق
بائنًا وهي تنكر الاول فتقبل قولها فيه ويسقط عنها العوض بيمينها ولا يلزم زيدًا بمجرد دعواها
بل يتوقف على اعترافه بذلك لان الزوج لا يدعي عليه وتبين منه بمجرد دعواه لا لالتزامه

التعيين

الاقرار

الاقرار بالبينونة على التقديرين وعلى هذا القول عمل المتاخرين وقال ابن البراج بل القول قوله
وعليها البينة لان الاصل في مال الخلع ان يكون في ذمة الزوجة والقولان مطلقان غير منقحين
والتحقيق ان نقول دعواها وقوع المخالعة منها على الالف في ذمة زيد اما ان يكون بمعنى ان لها في
ذمة زيد الفًا خالعته بها او بمعنى انها خالعته بالف تثبت له في ذمة زيد ابتداءً من غير ان يكون
لها عند زيد الف فان ارادت المعنى الاول فلا يخلو اما ان يوافقها الزوج على ان لها في ذمة زيد الفًا
اولا وعلى تقدير عدم موافقته اما ان يكون زيد مقرًا لها بالالف اولا فان كان الزوج موافقًا
لها على ثبوت الالف في ذمة زيد او زيد مقر بها بني قبول قولها على ان العقد على دين في ذمة
الغير هل يجوز ام لا وكلامهم هنا قد يؤذن بجوازه لكن لم ينبهوا عليه في الفدية وشرايطها وجوازه
في البيع محل نظر واما هنا فلا يبعد الجواز للتوسع في هذا العقد بما لا يتوسع به في المعاوضة
المحضة فان جوزنا ذلك فالقول قولها لاتفاقهما على خلع صحيح على التقديرين وهو مع ذلك
يدعي شغل ذمتها بالعوض ومجرد الخلع اعم منه والاصل براءة ذمتها منه وان لم نجوز ذلك او لم يكن
زيد مقرًا بالحق ولم يعترف الزوج بثبوتها في ذمته فالنزاع يرجع الى صحة الخلع وفساده لان
دعواها يقتضي فساده حيث لم يسلم فيه العوض وهو يدعي صحته ومقتضى القاعدة المستمرة
تقديم قوله وان ارادت بكونها في ذمة زيد المعنى الثاني وهو انها خالعته بعوض لا يثبت
في ذمتها بل في ذمة زيد ابتداءً فان كان ذلك مع دعواها الوكالة عنها في الخلع مع الخلع موافق بني على
جواز خلع الاجنبي المتبرع وان لم يدع ذلك او لم يوافق فدعواها يرجع الى فساد الخلع وهو يدعي
صحته فيكون قوله مقدمًا وقد ظهر بذلك ان تقديم قولها في هذه الصورة مطلقًا غير جيد،،
والظاهر ان موضوع المسئلة ما اذا وقع الخلع بدين لها في ذمة زيد ليتصور بناء الصحة على
التقديرين وربما تعارض على هذا التقدير الاصل والظاهر لان الاصل براءة ذمتها وعدم
التزامها بالمال والظاهر من المخالعة التزام العوض وعلى كل حال فهذه الصورة مفروضة
في اتفاقهما على وقوع العقد بينهما لا بينها وبين الاجنبي لان ذلك ياتي في الصورة الثانية ب لو
ادعى انه خالعها بالف في ذمتها ايضا فانكرت وقوع العقد معها مطلقًا وقالت بل اخلعني
فلان الاجنبي والمال عليه وقد اطلق المص تبعًا للشيخ تقديم قولها ايضا في نفي العوض لاصالة
براءة ذمتها منه ولا شيء للزوج على الاجنبي لاعترافه بان الخلع لم يجر معه ويحصل البينونة
بقول الزوج ونقول انه اقر بعقد انكرته المراة وصدقناها بيمينها فيلغو ويستمر النكاح كما

لو قال بعتك هذه العين فانكر صاحبه وقبلنا قوله بيمينه فان العين تبقى للمقر وذلك لان
الخلع تضمن اتلاف المعقود عليه وهو البضع والبيع لا يتضمن اتلاف المعقود عليه الا ترى ان
البيع منفسخ بتعذر العوض والبينونة لا ترتد فاذا كان كذلك فاقراره بالخلع المتضمن للاتلاف
اقرار بالاتلاف فلا يرد ونظيره من البيع ان يقول بعتك عبدى هذا بكذا فاعتقته وانكر
فانا نصدقه بيمينه ونحكم بعتق العبد باقراره فهذا تحرير الحكم المذكور وهذا البحث انما يتم
اذا قلنا بان خلع الاجنبى المتبرع صحيح ليكونا متفقين على وقوع العقد صحيحا اما على ما
مذهب اليه المص والشيخ بل الاكثر اشكل تقديم قولها لانها تدعى فساد الخلع وهو يدعى صحته
فينبغى تقديم قوله الا ان يقال ان مرجع اختلافهما الى وقوع عقد المعاوضة معها وهى تنكر
ذلك فيقدم قولها لاصالة عدم التزامها كما لو ادعى انه باعها شيئا فانكر واضاف الى ذلك دعوى
بيعه من فلان فانه لا يسمع فى حق الغير وتقدم قوله فى نفيه عنه ولا يخلو ذلك من نظر ولا ما بين
المسئلتين من الفرق وعلى التقديرين يحكم عليه بالبينونة بمجرد دعواه لاعترافه بها وانما الكلام
فى ثبوت العوض ح ان مدعى عليها عوض الخلع فتعترف بلزومه ابتداء لها ووقوع العقد معها
ولكن ادعت انه قد ضمنه عنها فلان او انها قالت قبلت الخلع على ان يزن الالف عنى فلان فهى فى
الصورتين مقرة بالالف ومدعية فى الاولى انتقالها الى ذمة غيرها فلا تقبل فى حق المخالع وان
صادقها الضامن لاختلاف الناس فى وفاء الدين سهولة وصعوبة فلا يلزم انتقال ماله بمجرد تصادقهما
ولو انكر ذلك الغير الضمان فاولى واما الثانية فامرها واضح لانه كلام لا ينفعها لان مجرد ذلك لا يقطع
المطالبة عنها وكذا فى صورة الضمان لو قلنا بانه ضم ذمة الى ذمة ولا يخفى ان الحكم فى جميع
ذلك مع عدم البينة اما معها فيثبت مقتضاها سواء ترتب عليه صحة الخلع ام فساده **قوله**
واما المباراة فهو ان يقول بارأتك على كذا فانت طالق وهى تترتب على كراهة كل واحد من الزوجين
ويشترط اتباعه بلفظ الطلاق فلو اقتصر المبارئ على لفظ المباراة لم يقع به فرقة ولو قال بدلا
من بارأتك فاسختك او ابنتك او غيره من الالفاظ صح اذا اتبعه بالطلاق اذ المقتضى للفرقة التلفظ
بالطلاق لا غير: المباراة طلاق بعوض مترتب على كراهة كل من الزوجين صاحبه ~~روليه سماعه~~
~~عن ابى عبد الله~~ واصلها المفارقة ولها احكام تخصها واحكام تشترك مع الخلع فيها فشرائط المخالع
والمخالعة والعوض مشتركة فلذا اقتصروا على قليل من احكامها وقد دل على اشتراطها بكراهة
كل من الزوجين صاحبه رواية سماعة عن ابى عبد الله عليه السلم وابى الحسين عليهما السلم قال

سألته عن المباراة كيف هى قال يكون للمرأة على زوجها شئ من صداقها او من غيره ويكون
قد اعطاها بعضه ويكره كل واحد منهما صاحبه فتقول المرأة ما اخذت منك فهو لى وما بقى
عليك فهو لك وابارئك فيقول لها الرجل فان انت رجعت مما تركتى فانا احق ببضعك
ودل على كون الماخوذ بقدر المهر او اقل صحيحة ابى بصير عن ابى عبد الله عليه السلم قال المبارئة
تقول لزوجها لك ما عليك واتركنى ويجعل من قبلها شيئا فيتركها الا انه يقول ان ارتجعت
فى شئ فانا املك ببضعك فلا يحل لزوجها ان يأخذ منها الا المهر فما دونه واما عدم وقوعها
بمجردها بل يشترط اتباعها بالطلاق فهو المشهور بين الاصحاب بل قال المص وجماعة انه اجماعى
فان تم فهو الحجة والا ففى الاخبار ما يدل على انها لا تفتقر الى الطلاق وحملها الشيخ كما حمل
الاخبار الدالة على عدم افتقار الخلع اليه وليس بجيد لان المباراة لا يستعملها العامة ولا
يعتبرون فيها ما يعتبره اصحابنا بل يجعلونها من جملة كنايات الخلع والطلاق فلا وجه بحمل
ما ورد منها حكما مما على التقية مع انه لا معارض تعتد به من الاخبار وانما العمدة على ما ادعوه
من الاجماع وحيث قلنا بافتقارها الى الطلاق ان تقع بغير لفظ المباراة مما يدل عليه كفاسختك وابنتك وغيرهما من الالفاظ لذلك لان الطلاق المتعقب لها كاف فى البينونة وهذه
الالفاظ مفيدة للفرقة بالعوض فكلما اضيف الى الطلاق من اللفظ الدال على ذلك كفى **قوله**
ولو اقتصر على قوله انت طالق بكذا صح وكان مباراة اذ هى عبارة عن الطلاق بعوض مع منافاة بعوض
بين الزوجين: قد عرفت فيما تقدم ان الطلاق بعوض اعم من الخلع والمباراة فيصح التعبير به
عن كل واحد منهما ويتميز عن الآخر بالقصد فاذا كانت الكراهة منهما فقال انت طالق بكذا بقصد
المباراة اشترط فى صحته شروط المباراة ولو كانت الكراهة منها واراد الخلع بهذا اللفظ لحقه احكام
الخلع ولو اتى به لا بنية احدهما بل اراد مجرد الطلاق ففى اعتبار مراعات حال المنافى الكراهة منهما
ومنها والحاقه بما يقتضيه الحال فيلحقه شرايطها او صحته مطلقا نظر وظاهر كلامهم انحصاره فيهما
واعتبار مراعاة الحال فيه وعندى فيه نظر وقد تقدم الكلام على مثله فى الخلع ولو قيل بصحته
مطلقا حيث لا يقصد به احدهما كان وجها لعموم الادلة على جواز الطلاق مطلقا وعدم
وجود ما ينافى ذلك من خصوص البائن **قوله** ويشترط فى المبارئ والمبارئة ما يشترط فى المخالع
والمخالعة: وكذا يشترط فى الفدية والصيغة وباقى الاحكام ما قرر فى الخلع **قوله** وتقع الطلقة
مع العوض بائنة ليس للزوج فيها رجوع الا ان ترجع الزوجة فى الفدية فيرجع ما دامت فى العدة

وللمرأة الرجوع في الفدية ما لم تنقض عدتها :: هذا كله من الاحكام المشتركة بين الخلع والمباراة ويدل عليه في المباراة بخصوصها رواية زرارة ومحمد بن مسلم عن ابي عبد الله عليه السلم قال المباراة تطليقة باين وليس في شيء من ذلك رجعة وروى اسمعيل الجعفي عن احدهما قال المباراة تطليقة باين وليس فيها رجعة وفي الاخبار السابقة ما يدل على جواز رجوعه متى رجعت وانه يشترط ذلك عليها وهو شرط يقتضيه العقد كما مر وما يترتب على رجوعها من اشتراط اعلامه وعدمه واشتراط رجوعه بخلوه من الموانع وغير ذلك مما تقرر في الخلع آت هنا وفي هذه الاخبار التي ذكرناها سابقا في المباراة ما يدل على جواز رجوعه في الطلاق متى رجعت في شيء من البذل وان لم يكن جميعه وتقدم ما فيه من الخلع قوله والمباراة كالخلع لكن المباراة تترتب على كراهية كل من الزوجين لصاحبه وترتب الخلع على كراهة الزوجة وتاخذ في المباراة بقدر ما وصل اليها منه ولا تحل له الزيادة وفي الخلع جائز وتقف الفرقة في المباراة على التلفظ بالطلاق اتفاقا منا وفي الخلع على الخلاف :: اشار بما ذكر الى الفرق بين الخلع والمباراة مع اشتراكهما في اصل الطلاق بعوض وحاصله انه الفرق يحصل بينهما بثلاثة امور آ ترتب الخلع على كراهة الزوجة والمباراة على كراهة كل منهما لصاحبه وقد تقدم ما يدل عليه من النصوص وعلى هذا فلو اختصت الكراهة بها لم يصح الطلاق بلفظ المباراة وان اتبعها بالطلاق لان الخلع لا يقع بالكنايات ولو انعكس فكانت الكراهة منهما وعبر عن المباراة بالخلع فالظاهر الجواز لان المباراة تقع بالكنايات والخلع كناية واضحة في الفرقة المفهومة من المباراة واتباعه بالطلاق يصححه ب ان العوض في الخلع يصح زيادته عما وصل اليها من المهر وفي المباراة يشترط كونه بقدره فما دونه وهذه الخاصية مترتبة على الاولى لان الكراهة من الجانبين يناسبه عدم الزيادة في العوض كما ان اختصاص الكراهية بها يناسبه جواز الزيادة ويظهر من جماعة من الاصحاب كالصدوق وابن ابي عقيل المنع من اخذ المثل في المباراة بل يقتصر على اقل منه وهو في موثقة زرارة قال المباراة يؤخذ منها دون الصداق والمختلعة يؤخذ منها ما شيت وانما صارت المباراة يؤخذ منها دون المهر والمختلعة تعتدي في الكلام وتتكلم بما لا يحل لها والرواية قاصرة عن افادة الحكم بالقطع ومعارضة بصحيحة ابي نصر السابقة وفيها ولا يحل لزوجها ان ياخذ منها الا المهر فما دونه ج ان الفرقة في الخلع لا تتوقف على الطلاق في اصح القولين كما عرفت وفي المباراة تتوقف على التلفظ بالطلاق

انعكس

يؤخذ منها ما شاء
لان المختلعة

إجماعا

إجماعا على ما ادعاه المص هنا والعلامة في كتبه مع ان المص نسب القول بذلك في مختصره الى قول مشهور مؤذنا بعدم تحقق الاجماع وهو متاخر عن هذا الكتاب وهو المناسب لتحقق المص رحمه الله فانه لا يعتبر في الاجماع مثل هذه الشهرة كما نبه عليه في المعتبر ونهى عن الاغترار بذلك والشيخ في التهذيب بعد ان ذكر روايات تدل على عدم اشتراط اتباعها بالطلاق كرواية زرارة ومحمد بن مسلم عن ابي عبد الله عليه السلم قال المباراة تطليقة باينة ورواية حمران قال سمعت ابا جعفر عليه السلم قال المباراة تبين من ساعتها من غير طلاق ورواية جميل بن دراج عن ابي عبد الله عليه السلم قال المباراة تكون من غير ان يتبعها طلاق قال الذي اشتراط اتباع الطلاق لها قول جميع اصحابنا المحصلين من تقدم منهم ومن تاخر وحمل هذه الاخبار على التقية وفي كلامه ايذان بخلاف في ذلك لانه نسب القول الى المحصلين من الاصحاب لا اليهم مطلقا وبالجملة فالاحكام التي رتبها الاصحاب على المباراة لا تخلو من اشكال والنصوص عن افادتها قاصرة اما في الدلالة او السند وما ثبت فيه الاجماع منها فهو الحجة والا فللنظر فيه مجال يظهر لمن اعطى النظر حقه في ذلك

كتاب الظهار الظهار ماخوذ من الظهر لان صورته الاصلية ان يقول الرجل لزوجته انت علي كظهر امي وخص الظهر لانه موضع الركوب والمراة مركوب الزوج وكان طلاقا في الجاهلية كالايلا فغير الشرع حكمه الى تحريمها بذلك ولزوم الكفارة بالعود كما ياتي وحقيقته الشرعية تشبيه الزوج زوجته ولو مطلقة رجعية في العدة بمحرمة نسبا او رضاعا قيل او مصاهرة على ما ياتي من الخلاف فيه تفصيلا والاصل فيه قبل الاجماع اية والذين يظاهرون من نسائهم وروي انه اول من ظاهر في الاسلام اوس بن الصامت من زوجته خولة بنت ثعلبة على اختلاف في اسمها ونسبها فاتت رسول الله صلى الله عليه وآله فاشتكت منه فانزل الله تعالى قوله قد سمع الله قول التي تجادلك الآيات قوله وهو ان يقول انت علي كظهر امي وكذا لو قال هذه او ما شاكله من الالفاظ الدالة على تمييزها ولا عبرة باختلاف الفاظ الصفات كقوله انت مني او عندي ولو شبهها بظهر احدى المحرمات نسبا او رضاعا كالام والاخت فيه روايتان اشهرهما الوقوع :: موضع الوفاق ومورد النص من صيغ الظهار قوله انت علي كظهر امي وفي معناها هذه وما شاكلها من الالفاظ الدالة على تمييزها عن غيرها كفلانة باسمها ولقبها ونحو ذلك وفي معنى علي غيرها من الفاظ الصلات كمني وعندي ولدي وكذا لو ترك الصلة فقال انت كظهر امي كما قال انت طالق ولم يقل مني وقد يفرق بينه وبين

تعالى

الطلاق اذ يحتمل صيغة الظهار مجردة على الصلة عن كونها محرمة على غيره حرمة ظهر امه عليه
بخلاف الطلاق فانه لاطلاق وهى فى جنسه دونه جنس غيره لكن الاشهر عدم الفرق ولى التحريم
استشكل الوقوع مع حذف الصلة ووجهه ماذكرناه وبقى هنا الفاظ وقع الخلاف فى وقوعه
بها فمنها مالو شبهها بظهر احدى المحرمات نسبا اورضاعا كالام والاخت منها والعمة والخالة
وبنت الاخ وبنت الاخت منها وفى وقوعه بذلك قولان احدهما وهو الاشهر الوقوع لاشتراك
الجميع فى تحريم الظهر كالام ولصحيحة زرارة قال سالت اباجعفر عليه السلم عن الظهار فقال
هو عن كل ذى محرم ام اواخت اوعمة اوخالة ولايكون الظهار فى يمين قلت كيف قال يقول
الرجل لامراته وهى طاهر فى غير جماع انت على حرام مثل ظهر امى اواختى وهو يريد بذلك
الظهار وحسنة جميل بن دراج قال قلت لابى عبدالله عليه السلم الرجل يقول لامراته انت على
كظهر عمته اوخالته قال هو الظهار ويدل على تناوله للمحرمات من الرضاع قوله صلى الله عليه واله
يحرم من الرضاع مايحرم من النسب مضافا الى عموم قوله صلى الله عليه السلم وهو من كل ذى محرم
ولاشتراك الجميع فى الملك وقول الزوج ولان حرمة الرضاع كحرمة النسب ولذلك يستوى بينهما
فى جواز الخلوة بها والثانى لايقع بغير الام مطلقا وهو قول الشيخ فى الخلاف وابن ادريس عملا
بظاهر الاية وفى صحيحة سيف التمار عن الصادق عليه السلم قال قلت له الرجل يقول لامراته
انت على كظهر اختى او عمتى اوخالتى فقال انما ذكر الله تع الامهات وان هذا الحرام وقوله
انما ذكر الله تع الامهات يشعر ان الظهار لايكون الا بالامهات لانه خصه المذكورات فى الظهار
بالامهات والاصل وضعف النسب لان الرضاع مكتسب فلا يساوى النسب فى القوة ولذلك لا
يتعلق به النفقة والميراث والولاية وجوابه انه تخصيص الام بالذكر فى الاية لاينفى غيرها
كما لايدل على ثبوته ونحن نثبته بالاخبار الصحيحة لابالاية وعدم ذكر غير الامهات فى رواية
سيف لايدل على نفيه ايضا مع انه اجاب بالتحريم ولعل السايل استفاد مقصوده منه اذ ليس
فى السؤال مايدل على موضع حاجته واما ما قيل من ان الظهار سببه التشبيه بالنسب نفس النسب
فلا يلزم من كون التشبيه بالنسب سببا فى التحريم كون التشبيه بالرضاع سببا فيه فلا دلالة
فى قوله صلى الله عليه واله يحرم من الرضاع مايحرم من النسب عليه ففيه ان من الخبر اما
تعليلية مثلها فى قوله تعالى مما خطاياهم اغرقوا او بمعنى الباء كما فى قوله تع ينظرون من طرف
خفى والتقدير يحرم لاجل الرضاع او بسببه مايحرم لاجل النسب او بسببه وكلاهما مفيد

للمطلوب

٤٧

للمطلوب لان التحريم فى الظهار بسبب النسب ثابت فى الجملة اجماعا فيثبت بسبب الرضاع
كذلك ثم اعرف اشياء آ التشبيه بالجدة للاب اوللام محرم ان قلنا بتحريمه بجميع المحرمات
نسبا وان قصرناه على الام ففى تعديه الى الجدة مطلقا وجهان من انها ام ومن ثم حرمت
بقوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم والاصل فى الاستعمال الحقيقة ولان الجدات امهات ولدته
ويشاركن الام فى حصول العتق وسقوط القصاص ولزوم النفقة ومن جواز سلبها عنها فيقال
ليست امى بل ام ابى اوام امى ولقوله تعالى ان امهاتهم الا اللائى ولدنهم وهى مفيدة للحصر
ولكن قد يدعى فى هذه كونها ولدته ولو بواسطة وعلى ما اخترناه من تعدى التحريم الى
غير الام يتعدى الى الجدة بطريق اولى وانما تظهر فايدة الخلاف على القول بعدم التعدي
ب ظاهر القايلين بالتعدى الى المحرمات بالرضاع عدم الفرق بين من لم يزل محرمة بالرضاع
كجدة الرضاع التى ارضعت اباه اوامه اواخته من الرضاع المولودة بعد ان ارتضع وبين من
كانت تحل له ثم حرمت عليه كالتى ارضعته فصارت اما وكامها وبنتها المولودة قبل ان ارتضع
فالتشبيه بالجميع يفيد التحريم لعموم الادلة ولذا كان القسم الاول اقوى تحريما من الثانى وربما
فرق بين الامرين وخص التحريم بالقسم الاول وعموم الادلة يدفعه ج قد يفهم من قول المص
ولو شبهها بظهر احدى المحرمات نسبا اورضاعا ففيه روايتان ان فى التعدى عن الام قولين
احدهما قصره على الام مطلقا والثانى تعديه الى المحرمات بالنسب والرضاع مطلقا وليس
كذلك بل الخلاف واقع فى التعدى الى باقى المحرمات نسبا مع القول بعدم التعدى الى المحرمات
بالرضاع على تقدير القول بثبوته فى محرمات النسب وتلخيص الخلاف فى ذلك انه يقع فى مواضع
آ اقتصار الظهار على التشبيه بالام النسبية ب تعديه الى الام من الرضاع لاغير ج الحاق
الجدة بها لاغير د الحاق محارم النسب بها لاغير ه الحاق محارم الرضاع بهن و الحاق محارم
المصاهرة ايضا وسياتى قوله ولو شبهها بيد امه اوشعرها اوبطنها قيل لايقع اقتصارا
على منطوق الاية وبالوقوع رواية فيها ضعف اما لو شبهها بعيرامه عادلفظ الظهر
لم يقع قطعا اعلم ان النسبة الواقعة بين الزوجة والام اوما فى حكمها من المحارم النسبية
اما ان يكون بين جملة المشبه وظهر المشبه بها وبين الجملة وغيره من الاجزاء اوبين الجملة والجملة
اوبين اجزاء المشبه وجملة المشبه به اوبينه وبين ظهره اوبينه وبين غيره من اجزائه
وعلى جميع التقادير اما ان يكون المشبه به الام اوغيرها من المحارم فالاقسام اثنى عشر

تلخيص م

ذكر المص بعضها ويمكن تنزيل الحكم للجميع آ ان يقع التشبيه بين جملة الزوجة وظهر الام
كقوله انت علي كظهر امي وهذا هو الظاهر المدلول عليه بالنص والاجماع وهو الاصل في مشروعية
هذا الحكم وقد تقدم مايدل عليه من الكنايات والسنة ولا فرق في هذا القسم بين الحكم على
ذات الزوجة كقوله انت وذاتك وجملة هيكلها المحسوس كقوله بدنك وجسدك وجسمك
وجملتك وكلك لان الحكم بالتحريم متعلق بالبدن والمفهوم عرفا من الذات هو ذلك وان كان
له عند احاد المحققين معنى آخر لا يراد ذلك في التعليقات الشرعية المحمولة على المعهود مانية
العرفية وما في معناها ب ان يقع بين جملة الزوجة وجزء آخر من الام غير الظهر سواء كان
مما لا يتم حيوتها بدونه كوجهها وراسها وبطنها ام يتم بدونها كيدها وسوادها
الحيوة ام لا كشعرها وفي وقوع الظهار كذلك قولان اجودهما الوقوع ذهب اليه الشيخ
في كتبه الثلثة بل ادعى عليه في الخلاف الاجماع وتبعه عليه القاضي وابن حمزة وقبله الصدوق
في المقنع استنادا مع شبهة دعوى الاجماع الى رواية سدير عن الصادق عليه السلم قال قلت
له الرجل يقول لامرأته انت علي كشعر امي او ككفها او كبطنها او كرجلها او كبطنها قال ما
عنى ان اراد به الظهار فهو الظهار والثاني هو الذي اختاره المرتضى وجعله في الانتصار
مما انفردت به الامامية وتبعه عليه المتاخرون عدم الوقوع لاصالة الاباحة الا ما خرج عنها
بدليل او اجماع وهو الظهر فيبقى الباقي على الاصل ولان الظهار مشتق من الظهر فاذا
علق بغيره بطل الاسم المشتق منه ولصحيحة زرارة السابقة لما سال الباقر عليه السلم عن
كيفيته قال تقول انت علي حرام مثل ظهر امي ومثلها رواية جميل عن الصادق عليه السلم
وقد قال له الرجل يقول لامرأته انت علي كظهر عمته او خالته قال هو الظهار وهو يعطي
المساواة وكذا الجواب الاول بعد السؤال يعطي ان المعنى ذلك لا غير ولان اللفظ الصريح
الظهار المشتق يستدعي صدق المشتق منه وهذا هو الاقوى والجواب عن حجة الشيخ
بمنع الاجماع في موضع النزاع والعجب في معارضته لدعوى المرتضى ذلك ماهذه
الا مجازفة في الاجماع كما اتفق ذلك لهما كثيرا واما الخبر فهو صريح في المطلوب لكنه ضعيف
السند بجماعة وهم سهل بن زياد عن غياث ابن ابرهيم عن محمد بن سليمان عن ابيه عن
سدير وسهل ضعيف غال وغياث تبري ومحمد بن سليمان ضعيف او مشترك بينه
وبين الثقة فيسقط اعتباره وكذلك ابوه وحال سدير الى الضعف اقرب منها الى غيره

من الظهر وصدق المشتق

فيسقط

فيسقط اعتبار الخبر ج ان يشبه الجملة بالجملة كقوله انت علي امي او بدنك او جسمك على كبدن امي او
جسمها ونحو ذلك وفي وقوعه به قولان مبنيان على السابق فالشيخ حكم بوقوعه لان صحته
مع تشبيهه بتلك الاجزاء يستلزم صحته مع تشبيهها بتلك بنفسها بطريق اولى لاشتمالها على
تلك الاجزاء وزيادة ولاشتمال جملتها على ظهرها الذي هو مورد النص فيدل عليه تضمنا
وجوابه منع الاصل والاولوية فان الاسباب الشرعية لا تقاس ويمنع من دخول الظهر في ضمن
قوله انت وجاز ان يكون لتخصيصه فايدة باعثه على الحكم وذهب الاكثر الى عدم الوقوع بذلك
لفوات الشرط وهو التشبيه بالظهر كما قد علم من السابق ومحل الخلاف ما اذا لم يقصد بذلك
التشبيه بها في الكرامة والتعظيم والا لم يقع قولا واحدا لان هذا اللفظ كناية فلا بد فيها من القصد
الى المراد د ان تشبيه بعض اجزاء الزوجة بجملة الام كقوله يدك او راسك او فرجك علي كامي وفيه
القولان السابقان فالشيخ صححه لانه مركب من امرين صحيحين وهما تشبيه الجزء والتشبيه
بالجزء وكلاهما ممنوع وقد تقدم مايدل عليه ان تشبيه جزء الزوجة بظهر الام كقوله
يدك او فرجك كظهر امي وهو صحيح ايضا عند الشيخ بطريق اولى والاصح العدم لما ذكرناه
في النافي من الاصل والدليل ه ان تشبيه الجزء بالجزء كقولك يدك على كيد امي وصححه الشيخ
ايضا مع قصد الظهار ودليله مركب من السابق والاصح عدم الوقوع و ان يقع بين الزوجة
بصورها الست وغير الام من المحارم فان وقع بين الجملة والظهر مشبها به فقد تقدم حكمه
وان الاقوى صحته وان وقع بينها وبين جزء من المحارم غير الظهر فقد قال المص انه لا يقع قطعا
وهو يوذن بعدم الخلاف وقال في المختلف ان بعض علمائنا قال بوقوعه واحتج بعد ما وكذا
نقل الخلاف ابن ادريس وان كان الاصح عدم الوقوع والتقريب ما تقدم وان وقع بين الجملة والجملة
بغير لفظ الظهر فالقولان واولى بالوقوع هنا منه في السابق والاصح العدم كذا في باقي الصور
بطريق اولى واعلم ان هذه الاقسام الاثني عشر تتركب مع كل واحدة من تلك الصور الست لسابقة
ويتشعب منها صور كثيرة لا تخفى مع حكمها عليك اذا لاحظت ما قررناه في الموضعين ولو
ولو شبهها بمحرمة بالمصاهرة تحريما مؤبدا كام الزوجة وبنت زوجته المدخول بها وزوجة
الاب والابن لم يقع الظهار وكذا لو شبهها باخت الزوجة او عمتها او خالتها هذا هو المشهور
بين الاصحاب تمسكا باستصحاب الحل في غير موضع النص والوفاق وقد دلت الاية على حكم
تشبيهها بظهر الام والروايات على الحاق المحرمات من النسب والرضاع فيبقى الباقي على الاصل

وذهب في المختلف الى وقوعه اذا شبهها بالمحرمات على التأبيد بالمصاهرة محتجا بمشاركتها
بمحرمات النسب والرضاع في العلة. ولا يخفى قصور الدليل لان العلة المستنبطة لا تقتضي
تعدية الحكم عنه. نعم يمكن الاحتجاج له بصحيحة زرارة السابقة عن الباقر عليه السلم وفيها
قال هو من كل ذي محرم فتدخل المحرمات بالمصاهرة مؤبدا في العموم ولا ينافيه قوله بعد ذلك
في الرواية اما اختا او عمة او خالة لان تعداد الثلثة للمثال لا للحصر للاجماع على عدم انحصار
ذي المحرم في الثلثة والتمثيل بذي المحرم النسبي لا يفيد الحصر فيه وفي هذا القول قوة اما من
لا تحرم مؤبدا كاخت الزوجة وبنت غير المدخول بها مما يحرم جمعا خاصة فحكمها حكم
الاجنبية في جميع الاحكام لان تحريمها يزول بفراق الام والاخت كما يحرم جميع نساء العالم
على المتزوج اربعا وتحل له كل واحدة ممن ليست محرمة بذلك على وجه التخيير بفراق واحدة
من الاربع واولى بعدم الوقوع تشبيهها بعمة الزوجة وخالتها لان تحريمها ليس مؤبدا
عينا ولا جمعا مطلقا بل على وجه مخصوص كما لا يخفى قوله ولو قال كظهر ابي او اخي او
عمي لم يكن شيئا وكذا لو قالت هي انت علي كظهر ابي او امي. هذا الحكم محل وفاق استصحابا
للحل في غير موضع النص وان الرجل ليس محل الاستمتاع ولا في معرض الاستحلال ونبه
بذلك على خلاف بعض العامة حيث حكم بوقوع الظهار بالتشبيه بمحارم الرجال واما قول
المرأة ذلك فلا يفيد التحريم ولا يلزم به شيء اجماعا لان الحكم مختص بالرجال كالطلاق قوله
ويشترط في وقوعه حضور عدلين يسمعان نطق المظاهر. الظاهر من كلام الاصحاب الاتفاق
على اشتراط سماع الشاهدين لصيغة الظهار كالطلاق وهو في رواية حمران الحسنة عن ابي
جعفر عليه السلم قال لا يكون ظهار الا على طهر بغير جماع بشهادة شاهدين مسلمين واما اشتراط
كونهما عدلين فلا دليل عليه الا من عموم اشتراط العدالة في الشاهدين وفي اثبات الحكم هنا بمثل
ذلك ما لا يخفى من الاشكال وقد تقدم في الطلاق رواية بالاجتزاء فيهما بالاسلام كما اطلق هنا قوله
ولو جعله يمينا لم يقع. المراد بجعله جزاء على فعل او ترك قصد الزجر عنه والبعث على الفعل
سواء تعلق به او بها كقوله ان كلمت فلانا او تركت الصلوة فانت علي كظهر امي وهو مشارك
للشرط في الصورة ومفارق له في المعنى لان المراد من الشرط مجردا لتعليق وفي اليمين ما ذكرناه
من الزجر او البعث والفارق بينهما القصد وانما لم يقع مع جعله يمينا للنهي عن اليمين بغير الله
ولان الله تعالى جعل كفارته غير كفارة اليمين وفي حسنة حمران السابقة قال لا يكون ظهار

في يمين

49

في يمين قوله ولا يقع الا منجزا فلو علقه بانقضاء الشهر او دخول الجمعة لم يقع على القول
الاظهر وقيل يقع وهو نادر. اذا علق الظهار على شرط كان يقول لان دخلت الدار او
فعلت كذا فانت علي كظهر امي مريدا به مجردا لتعليق فهل يقع الظهار عند وجود الشرط
ام لا فيه قولان احدهما وهو الذي اختاره المصنف رحمه الله وجعله قول الاكثر وما سواه
نادرا العدم اصالة بقاء الحل والشك في السبب ولرواية القاسم بن محمد الزيات انه قال
للرضا عليه السلم اني قلت لامرأتي انت علي كظهر امي ان فعلت كذا وكذا فقال لا شيء عليك
ولا تعد ولا شيء للعموم لانه نكرة في سياق نفي فيلزم منه نفي الكفارة اللازمة للظهار
ونفي اللازم يدل على نفي الملزوم وفي معناها مرسلة بن بكير عن ابي الحسن عليه السلم وروى
بن فضال مرسلا عن الصادق عليه السلم قال لا يكون الظهار الا على مثل موقع الطلاق
والطلاق لا يقع معلقا على الشرط كما تقدم وكذا الظهار والقول بوقوعه معلقا للشيخ
والصدوق وابن حمزة واختاره المص في النافع والعلامة واكثر المتاخرين لصحيحة حريز عن
الصادق عليه السلم قال الظهار ظهاران فاحدهما ان يقول انت علي كظهر امي ثم يسكت فذلك
الذي يكفر قبل ان يواقع فاذا قال انت علي كظهر امي ان فعلت كذا وكذا ففعل وجب عليه
الكفارة حين الحنث وصحيحة عبد الرحمن بن الحجاج عنه عليه السلم قال الظهار على ضربين احدهما
الكفارة فيه قبل المواقعة والاخر بعد والذي يكفر قبل الشروع فهو الذي يقول انت علي
كظهر امي ولا يقول ان فعلت بل كذا وكذا والذي يكفر بعد المواقعة هو الذي يقول انت علي
كظهر امي ان قربتك ولعموم الايات الدالة على وقوع الظهار المتناولة لموضع النزاع وعموم
قوله صلى الله عليه وآله المؤمنون عند شروطهم ولموافقته للحكمة فان المرأة قد تخالف
الرجل في بعض مقاصده فتفعل ما يكرهه وتمتنع عما يرغب فيه ويكره الرجل طلاقها من حيث
يرجو سوافقتها فيحتاج الى تعليق ما تكرهه بفعلها ما يكرهه او ترك ما يريده فاما ان تمتنع وتفعل
فيحصل غرضه او تخالف فيكون ذلك جزاء معصيتها والضرر جاء من قبلها وهذا القول
هو الاقوى والجواب عن حجة المانع ضعف طريق رواياته وبعدها عن الدلالة فان القسم بن محمد
مشترك بين الثقة والضعيف والاخيرتان مرسلتان وفي طريقهما ابن فضال وابن بكير وحالهما
معلوم مع انه لم يذكر في الخبر الاول ان الشرط المعلق عليه وجد فجاز كون الحكم بعدم الكفارة
لذلك والاخر لا يدل على موضع النزاع والظاهر انه يريد بموقع الطلاق الشرائط المعتبرة فيه من

الشاهدين وطهارتها من الحيض وانتقالها الى غير طهر المواقعة ونحو ذلك هذا اذا سلم
جريانها شرائط لتجريد الطلاق عن الشرط واعلم ان التخيير الذي اعتبره المص وجعله موضع
الخلاف يخرج به تعليقه على الشرط وهو ما يجوز وقوعه عند التعليق وعدمه والصفة
وهي الامر الذي لا بد من وقوعه عادة من غير احتمال تقدم ولا تاخر كطلوع الشمس وانقضاء
الشهر ودخول الجمعة ومثل التعليق بمثالين مختصين بالصفة ومقتضاه ان الخلاف واقع
في تعليقه بكل منهما ووجهه اشتراكهما في المقتضي وهو التعليق وربما قيل ان الخلاف مختص
بالشرط عملا بمدلول الاحاديث فان متعلقها الشرط فتبقى الصفة على اصل المنع والاقوى
جواز التعليق بالامرين وربما قيل بان الحكم بوقوعه معلقا على الصفة بطريق اولى لان الصفة
لازمة الوقوع بخلاف الشرط فانه قد لا يقع فيكون ارادة ايقاع الظهار في الاول اقوى وفيه
ان التعليق بالصفة اقوى لان الشرط يمكن وقوعه في الحال والمعلق على زمان يستحيل وقوعه في زمان
ايقاعه وان تحتم وقوعه والتحتم في الزمان المستقبل فالمكلف لم يرد ايقاع الظهار في زمان ايقاعه
على تقدير تعليقه على الصفة بخلاف الشرط فان المقصود منه وقوع الشروط عند حصول
الشرط وهو ممكن الحصول في الحال والحق ان مثل هذا لا يصلح لاختلاف الحكم مع اشتراكهما في اصل
التعليق وعموم الاول قوله ولو قيده بمدة كان يظاهر منها شهرا او سنة قال الشيخ لا يقع وفيه
اشكال مستند الى عموم الاية وربما قيل ان قصرت المدة عن زمان التربص لم يقع وهو
تخصيص للعموم بالحكم المخصوص وفيه ضعف اذا وقت الظهار فقال انت علي كظهر امي شهرا
او الى سنة او شهر ففي صحته اقوال اجودها انه يصح لعموم الاية ولانه منكر من القول وزور كالظهار
المطلق وايضا فالمروي عن سلمة بن صخر الصحابي انه كان قد ظاهر من امراته حتى ينسلخ رمضان ثم وطئها
في المدة فامره النبي صلى الله عليه واله بتحرير رقبة والثاني المنع لانه لم يرد التحريم فاشبه ما اذا
شبهها بامراة لا تحرم عليه على التابيد ولصحيحة سعد الاعرج عن الكاظم عليه السلم في رجل ظاهر من
امراته يوما قال ليس عليه شيء وثالثها التفصيل فان زادت المدة عن مدة التربص على تقدير المرافعة
وقع والا فلا لان الظهار يلزمه التربص مدة ثلثة اشهر من حين الترافع وعدم الطلاق وهو يدل
بالاقتضاء على ان مدته تزيد عن ذلك والانتفى اللازم الدال على انتفاء الملزوم والى هذا التفصيل ذهب
في المختلف ولا باس به والرواية الصحيحة لا ينافيه وان كان القول بالجواز مطلقا لا يخلو من قوة الى
ترجيحه اشار المص بقوله وهو تخصيص للعموم بالحكم المخصوص وبيانه ان الدليل من الاية عام للوقت

علی الشرط یستلزم وقوعه معلقا م

یوما

کالظهار

مطلقا والمؤيد والحكم بالتربص تلك على تقدير المرافعة لا يوجب تخصيص العام لان المرافعة حكم من احكام
الظهار وهي غير لازمة فجاز ان لا ترافعه فيحتاج الى معرفة حكمه على هذا التقدير وجاز ان لا يعلمها بالا يقاعه
ويريد معرفة حكمه من الله تعالى والحكم بتربصها تلك المدة على تقدير المرافعة محمول على ما لو كان
مؤبدا او موقتا بزيادة عنها فاذا قصرت كان حكمه تحريم العود الى ان يكفر من غير ان يتوقف
على المرافعة او لا تفيد ها فايدة وقوله في الخبر الصحيح ليس عليه شيء لا ينافي ذلك لانا نقول
ان الظهار بمجرده لا يوجب عليه شيئا وانما يجب الكفارة بالعود قبل انقضاء المدة ولما كانت مدة
اليوم قصيرة فاذا صبر حتى يمضي ليس عليه شيء وهو طريق للجمع بينه وبين عموم الاية وخصوص
الرواية الواردة في صحته مع توقيته شهرا وحكت الرواية عن سلمة بن صخر قال كنت امرءا قد اوتيت
من جماع النساء ما لم يرت غيري فلما دخل رمضان ظاهرت من امراتي حتى ينسلخ رمضان فرقا من ان
اصيب في ليلتي شيئا فاتتابع الى ان يدركني النهار وانا لا اقدر على ان انزع فبينا هي تخدمني من
الليل او يكشف لي منها شيء فوثبت عليها فلما اصبحت غدوت على قومي فاخبرتهم خبري وقلت لهم
انطلقوا معي الى رسول الله صلى الله عليه واله فاخبره بامري فقالوا والله لا نفعل انا نتخوف ان
ينزل فينا قرآن او يقول فينا رسول الله صلى الله عليه واله مقالة يبقى علينا عارها ولكن اذهب
انت واصنع ما بدا لك فخرجت حتى اتيت النبي صلى الله عليه واله فاخبرته خبري فقال لي انت بذاك
فقلت انا بذاك فقال انت بذاك فقلت انا بذاك فقال انت بذاك فقلت نعم ها انذا فامض في حكم الله
عز وجل فانا صابر له قال اعتق رقبة فضربت صفحة رقبتي بيدي وقلت لا والذي بعثك بالحق ما اصبحت
املك غيرها قال فصم شهرين متتابعين فقال قلت يا رسول الله وهل اصابني الا في الصوم قال فتصدق
قال قلت والذي بعثك بالحق لقد بتنا ليلتنا وحشا ما لنا عشاء قال اذهب الى صاحب صدقة بني
زريق فقل له فليدفعها اليك فاطعم عنك وسقا من تمر ستين مسكينا ثم استعن بسائره عليك
وعلى عيالك قال فرجعت الى قومي فقلت وجدت عندكم الضيق وسوء الراي ووجدت
عند رسول الله صلى الله عليه واله السعة والبركة وقد امر لي بصدقتكم فادفعوها الي وفي رواية
اخرى ان النبي صلى الله عليه واله اعطاه مكتلا فيه خمسة عشر صاعا فقال اطعمه ستين مسكينا و
لكل مد وانما اتينا على الرواية مع طولها لما اشتمل عليه من الفوائد والنكت قوله لو قال انت طالق
كظهر امي وقع الطلاق ولغى الظهار قصده او لم يقصده وقال الشيخ ان قصد الطلاق والظهار
صح اذا كانت المطلقة رجعية فكانه قال انت طالق انت كظهر امي وفيه تردد لان النية لا تستقل بوقوع

ما اصابنی

ذلک

الظهار ما لم يكن اللفظ الصريح الذي لا احتمال فيه ولذا لو قال انت حرام كظهر امي هنا مسئلتان آ
اذا قال للمراة انت طالق كظهر امي فله احوال احدها ان لا ينوي شيا فيقع الطلاق لاتيانه بلفظه
الصريح ولا يصح الظهار لان قوله كظهر امي لا استقلال له وقد انقطع عن قوله انت بالفاصل
الحاصل بينهما فخرج عن الاصل وصار الاصل فيه ان يكون جملة صفة للطلاق بحث لم يقصد
به الظهار لا يقع لان ما عدا اللفظ الصريح لا يقع بدون النيه وثانيها ان يقصد بمجموع كلا
الطلاق وحده ويجعل قوله كظهر امي تاكيد التحريم الطلاق بمعنى انها طالق طلاقا يصيرها كظهر امه
بالفعل كالباين او بالقوة كالرجعي فيقع الطلاق دون الظهار ولا خلاف في هذين القسمين
وثالثها ان يقصد بالجميع الظهار فيحصل الطلاق ايضا دون الظهار اما حصول الطلاق فللفظ
الصريح والصريح لا يقبل صرفه الي غيره حتى لو قال لزوجته انت طالق ثم قال اردت به من وثاق غيري
او نحو ذلك لم يسمع وحكم به عليه بخلاف ما لو اتي بالكنايات حتي يصحبه به والاصل في ذلك ونظايره
ان اللفظ الصريح اذا وجد نفاذا في موضوعه لا ينصرف الي غيره بالنيه واما عدم حصول الظهار
فلان الطلاق لا ينصرف الي الظهار والباقي لما نواه بالجميع ويحتمل هنا لزوم الظهار اخذا باقراره
ورابعها ان يقصد الطلاق والظهار جميعا نظر فان قصدهما بمجموع كلامه حصل الطلاق دون
الظهار ايضا لما تبين وان قصد الطلاق بقوله انت طالق والظهار بقوله كظهر امي وقع الطلاق
ثم ان كانت تبين بالطلاق لم يصح الظهار قطعا وان كانت رجعية ففي صحة الظهار قولان احدهما
وقوع الظهار ايضا وهو قول الشيخ لان كلمة الخطاب السابقة وان صرفت اولا الي الطلاق لكنها
تعود الي الظهار ايضا مع النيه ويصير كانه قال انت طالق انت كظهر امي والثاني وهو الاشهر
عدم وقوع الظهار لان اللفظ ليس صريحا فيه بانقطاع الخطاب عنه والنيه غير كافيه عندنا في
وقوع ما ليس بصريح وانما يتوجه هذا عند من يعتد بالكنايات اعتمادا على النيه بل بعض
من اعتد بالكنايه وهذا ايضا بناء على ما ذكرناه من انا اذا استعملنا قوله انت طالق في ايقاع الطلاق
لم يبق الا قوله كظهر امي وانه لا يصلح كناية اذ لا خطاب فيه وايضا فالاصل في هذا التركيب ان يكون
الجمله الواقعه بعد النكره وصفا لها فالعدول بها عن اصلها خلاف الصريح وليس هذا لتعدد
الخبر على المبتدا الواحد لان ذلك حيث يصلح الثاني للخبريه بالوضع وليس كذلك هنا والاصح عدم
وقوع الظهار ولو عكس فقال انت كظهر امي طالق وقصدهما معا وقع الظهار لصراحته وفي وقوع
الطلاق الوجهان من النيه وانه ليس في اللفظ الطلاق مخاطبة ولا ما في معناها والشيخ على اصله

من وقوعهما معا كالسابق ولا فرق هنا بين الطلاق الباين والرجعي لان طلاق المظاهر منها
صحيح على التقديرين وانما الشك من عدم صراحة الصيغه ب لو قال انت علي حرام كظهر امي
قال المص لا يقع به الظهار وهو قول الشيخ في المبسوط سوا نواه ام لا وهذا بخلاف مذهب الشيخ
في المسالة السابقه بل وقوع الظهار هنا اقوي لان المتخلل بين المسند والمسند اليه موكد للحكم بخلاف
السابقه ووجهه ما سبق من انصراف الخطاب الي الكلمة الاولي وهي قوله حرام فيلغو الا اذا اقتضى
الحكم بالظهار وقوله كظهر امي بقي خاليا عن المسند اليه لفظا والنيه غير كافيه ومن ثم عطف المص
الحكم على السابق تبعا للباب ولان قوله حرام تاكيد لغرضه فلا ينافيه فان قوله انت كظهر امي
لا بد له من القصد الي معناه وهو يستلزم القصد الي التحريم فاذا نطق به كان اولي والعجب من
تجويز الشيخ وقوعه بالكنايات وما هو ابعد من هذه مع خلوها من نص يقتضي صحتها ومنعه من
هذه الصيغه مع ورود النص الصحيح بها قوله ولو ظاهر احدي زوجتيه ان ظاهر ضرتها ثم ظاهر
الضره وقع الظهاران ولو ظاهرها ان ظاهر فلانة الاجنبيه وقصد النطق بلفظ الظهار صح الظهار
عند مواجهتها به وان قصد الظهار الشرعي لم يقع ظهار وكذا لو قال الاجنبيه ولو قال فلانه من غير
وصف فتزوجها وظاهرها قال الشيخ يقع الظهاران وهو حسن هذا من فروع تعليق الظهار
على الشرط فان صححناه فعلق ظهار احدي زوجتيه على ظهار الاخري فان ظاهر من المعلق عليها
صار مظاهرا منهما جميعا اما من احديهما فالتنجيز واما الاخري فبموجب التعليق ولو قال ان
ظاهرت من احديكما او ايكما ظاهرت منها فالاخري علي كظهر امي ثم ظاهر من احديهما صار مظاهرا
من الاخري ايضا ولو علق ظهار زوجته على ظهار الاجنبيه فان ذكرا اسما وجعل الاجنبية
وصفا لم يكن منعقدا وان خاطب الاجنبيه بالظهار لان الظهار من الاجنبيه غير منعقد الا ان يريد
التلفظ بالظهار فيصير بالتلفظ مظاهرا من زوجته ويكون ذلك في قوة تعليق ظهار زوجته
بتكليم فلانة الاجنبيه وكذا لو قال ان ظاهرت اجنبية من غير تعيين ولو نكح الاجنبيه ثم ظاهر منها
فهل يقع الظهار بالزوجه الاولي وجهان من انه اذا نكحها خرجت عن كونها اجنبيه ومن ان ظهارها
تعلق بظهار فلانه وذكر الاجنبيه في مثل ذلك للتعريف دون الشرط كما لو قال لا ادخل دار زيد هذه
فباعها زيد ثم دخلها فان في حنثه وجهين نظرا الي ترجيح الاشارة او الوصف ولو قال ان ظاهرت
من فلانه اجنبية او وهي اجنبيه فانت علي كظهر امي فسواء نكحها وظاهر منها او خاطبها بلفظ
الظهار قبل ان ينكحها لا يصير مظاهرا من زوجته التي علق ظهارها لانه شرع وقوع الظهار في حال

ع اشتراك هذه العله المقتضيه لعدم الوقوع
والاقوي وقوع الظهار هنا لصحيحة زرارة
السابقة عن الباقر عليه السلم وقد ساله
عن الظهار فقال يقول الرجل لامراته انت
علي حرام مثل ظهر امي وهو نص

كونها اجنبية ومادامت اجنبية لا ينعقد ظهارها واذا انعقد لم تكن اجنبية فكان التعليق بشيء
محال وهو كما اذا قال ان بعت الخمر فانت علي كظهر امي واتي بلفظ البيع لا يقع الظهار لتنزيلها
الالفاظ العقود على العقود الصحيحة الا ان يقصد الصورة ولو قال فلانة من غير وصف بكونها
اجنبية ولا خالية وكانت اجنبية صح التعليق وتوقف على ظهارها صحيحا فان تزوجها وظاهر
منها وقع الظهار لحصول الشرط ونسبة هذا القول الى الشيخ تشعر بتشهد فيه نظرا لانه حسن
كما ذكره المص لوجود المقتضى وانتفاء المانع اذ ليس الا كونها حال التعليق اجنبية وذلك لا
يصلح للمانعية اذ لم يقيد تعليق الظهار بها بوقت ووجه الشبهة ان الشرط كما علمت من تعريفه
ما يجوز حصوله حال التعليق وعدمه وظهار الاجنبية حال التعليق غير صحيح ومجرد الصورة
غير مقصود لانه الغرض فكان ذلك اشبه بالصفة المتاخرة عن التعليق والحق ان ذلك لا يخرجه
عن اصل الشرطية لان المراد بتجويز وجوده بحسب ذاته مع قطع النظر على الموانع الخارجية
المقتضية لامتناعه حينئذ والامر هنا كذلك فان ظهار فلانة ممكن بحسب ذاته وانما تخلف
لفقد شرط من شروطه وهو كونها اجنبية كما تخلف لفقد غيره من الشروط التي لا يتيسر في ذلك
الوقت وايضا فاشتراط امكان حصول الشرط حال التعليق لا دليل عليه ومفهوم الشرط متحقق
متحقق على التقدير لغة وعرفا قوله ولو ظاهر ونوى الطلاق لم يقع طلاق لعدم اللفظ المعتبر
ولا ظهار لعدم القصد: بناء هذا الحكم على اصولنا المفيدة لعدم وقوع الطلاق والظهار
بالكنايات واضح ونبه به على خلاف العامة حيث جوزوا وقوع الطلاق بلفظ الظهار مع
النية حتى لو قال انت طالق كظهر امي ونوى بقوله كظهر امي الطلاق وقع عليه طلاقان ان
كان الاول رجعيا قوله ويصح ظهار الخصي والمجبوب ان قلنا بتحريم ما عدا الوطء مثل الملامسة
الخصي والمجبوب ان لقي لهما ما يمكنهما به الجماع المحقق بادخال الحشفة او قدرها فظهارهما
صحيحا مطلقا لانهما آتي بمعنى الصحيح وان لم يمكنهما الايلاج بني وقوع ظهارهما على ان الظهار
هل يختص تحريمه بالوطء او يشمل جميع الاستمتاعات وسيأتي الكلام فيه فان حرمنا الجميع
صح ظهارهما ايضا لبقاء فايدة الظهار بالامتناع عن الاستمتاع عن الوطء وان قلنا باختصاصه
بالوطء لم يقع منهما ظهار لعدم فايدته هذا كله اذا لم يشترط الدخول بالمظاهرة والا لم يقع منهما
مطلقا حيث لا يتحقق منهما الدخول قوله وكذا يصح من الكافر ومنعه الشيخ التفاتا الى تعذر
الكفارة والمعتمد ضعيف لامكانها بتقديم الاسلام ويصح من العبد اصح القولين: وقوع

ظهاره يصح

الظهار من كل زوج مكلف مسلما كان ام كافرا حرا كان ام عبدا لعموم قوله تعالى والذين يظاهرون
من نسائهم وغيره من العمومات ثم الكلام هنا في موضعين آ وقوعه الكافر وقد منعه الشيخ
في كتابي الفروع وابن الجنيد استنادا الى ان من نوع الكفارة منه لقوله تعالى والذين يظاهرون
من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة الخ والكافر لا تصح منه الكفارة لانها عبارة تفتقر
الى النية ولان الظهار يفيد تحريما يصح ازالته بالكفارة فلا يتحقق في حق الكافر فلا يترتب اثر
الظهار واجيب بمنع عدم صحتها منه مطلقا غايته توقفها على شرط وهو قادر عليه بالاسلام
كتكليف المسلم بالصلوة المتوقفة على شرط الطهارة وهو غير متطهر لكنه قادر على تحصيله
واورد ان الذمي مقر على دينه فحمله على الاسلام كذلك بعيد وان الخطاب بالعبادة البدنية
لا يتوجه على الكافر الاصلي واجيب بانا لا نحمل الذمي على الاسلام ولا نخاطبه بالصوم ولكن نقول
لا نمكنك من الوطء الا هكذا فاما ان يتركه او يسلك طريق الحل ب وقوعه من العبد وهو مذهب
علمائنا اجمع وخالف فيه بعض العامة نظرا الى ان لازم الامر ايجاب تحرير الرقبة والعبد لا يملكها
واجيب بان وجوبها في الاية مشروط بوجدانها وقد قال تع فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين
من قبل ان يتماسا والعبد غير واجد فيلزمه الصوم قوله ويشترط ان يكون منكوحة بالعقد
ولا يقع بالاجنبية ولو علقه على النكاح: هذا عندنا موضع وفاق والاصل فيه ان الله تعالى
علق الظهار على الازواج فقال والذين يظاهرون من ازواجهم فيبقى غيرهن على الاصل وخالف
فيه بعض العامة فصححه بالاجنبية اذ علقه بنكاحها كما صححه كذلك في الطلاق قوله وان تكون
طاهرا طهرا لم يجامعها فيه اذا كان زوجها حاضرا الخ: هذا الشرط ايضا موضع وفاق بين علمائنا
وهو مختص بهم ومستنده نصوصهم الصحيحة الدالة عليه صحيحة زرارة عن ابي جعفر عليه السلم
وقد سأله عن كيفيته قال يقول الرجل لامرأته وهي طاهر في غير جماع انت علي حرام كظهر امي ورواية
حمران عنه عليه السلم لا يكون ظهار الا على طهر بغير جماع بشهادة شاهدين مسلمين وقول ابي عبد الله
عليه السلم لا يكون الظهار الا على مثل موقع الطلاق قوله وفي اشتراط الدخول تردد والمروي
اشتراطه والقول الاخر مستنده التمسك بالعموم: اختلف الاصحاب في اشتراطه بالدخول بالمرأة و
عدمه بالنسبة الى صحة الظهار فذهب المفيد والمرتضى وابن ادريس وجماعة الى عدمه لعموم الآية
وذهب الشيخ والصدوق واكثر المتاخرين الى الاشتراط لصحيحة محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلم
قال في غير المدخول بها لا يقع عليها ايلاء ولا ظهار وصحيحة الفضيل بن يسار ان الصادق عليه السلم

قال لا يكون ظهار ولا ايلآء حتى يدخل بها وقد تقدم في رواية حمران لا يكون ظهار الا على طهر بعد
جماع وهذا هو الاصح لتقديم الخاص على العام عند التعارض ومن قدم العام نظراً الى ان خبر
الواحد ليس بحجة كما هو اصل المرتضى وابن ادريس او ان عموم الكتاب لا يخص بخبر الواحد وان
عملنا به **قوله** وهل يقع المستمتع بها خلاف والاظهر الوقوع . القول بالوقوع مذهب
الاكثر لعموم الاية فان المستمتع بها زوجة والقول بعدم الوقوع لابن ادريس وجماعة نظراً الى
انتفاء لازم الظهار فان منه المرافعة المرتبة على الاخلال بالواجب من الوطء والزامه باحد الامرين
الفيئة او الطلاق وهو ممتنع فيها واقامة هبة المدة مقامه قياس وانتفاء اللازم يدل على
انتفاء الملزومات وجوابه ان هذه اللوازم مشروطة بزوجة يمكن في حقها ذلك فلا يلزم في انتفائها
انتفا جميع الاحكام التي اهمها تحريم الاستمتاع من دون المرافعة وقد تقدم البحث في ذلك في
باب النكاح **قوله** وفي الموطوءة بالملك تردد والمروي انه يقع كما يقع بالحرة . اختلف الاصحاب
ايضاً في وقوعه بالامة الموطوءة بملك اليمين ولو مدبرة او ام ولد فذهب جماعة منهم الشيخ وابن
حمزة وجماعة المتأخرين الى الوقوع وهو اصح القولين لدخولها في عموم والذين يظاهرون
من نسائهم كدخولها في قوله وامهات نسائكم فحرمت بذلك ام الموطوءة بالملك وخصوص صحيحة
محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلم قال وسألته عن الظهار على الحرة والامة فقال نعم وحسنة
حفص بن البختري عن الصادق والكاظم عليهما السلم في رجل كان له عشر جوار وظاهر منهن جميعاً
فقال عليه عشر كفارات وموثقة اسحق بن عمار عن الكاظم عليه السلم قال في الرجل يظاهر من جاريته
قال الحرة والامة في هذا سواء وقال المفيد والمرتضى وابن ادريس وجماعة من المتقدمين لا يقع بها
لقوله عليه السلم في الخبر السابق لا يكون ظهار الا على مثل موقع الطلاق ولان الظهار كان في الجاهلية
طلاقاً كما سبق والطلاق لا يقع بها ولان المفهوم من النسآء في الآية الزوجة لمورد السبب فيها
ولرواية حمزة بن حمران عن الصادق عليه السلم فيمن يظاهر من امته قال يأتيها وليس عليه شيء و
للاصل وجوابه ضعف سند الاول فلا يعارض الصحيح وانما جعلناه في السابق شاهداً لا اصلاً والثاني
لا حجة فيه وقد نقل انهم كانوا يظاهرون من الامة ايضاً ويعتزل سيدها فراشها ولان الطلاق
ايضاً كان في الجاهلية كما ينبه عليه قول الاعشى . ايا جارتي بيني فانك طالقه . ومنع الحمل على الزوجة
مع وجود ما يصلح للامة والسبب ليس مخصصاً كما حقق في الاصول والرواية الاخيرة ضعيفة السند
ايضاً فلا تعارض الصحيح والاصل انما يتم مع عدم وجود دليل يخرج عنه واعلم انه على القول بوقوعه بها

بان

يأتي فيها الخلاف السابق في اشتراط الدخول وعدمه لتناول الروايات الدالة عليه لها كما تناولت
الحرة وتوهم اختصاص ذلك الخلاف بالحرة ضعيف جداً بل باطل **قوله** ومع الدخول يقع ولو كان
الوطء دبراً صغيرة كانت او كبيرة مجنونة او عاقلة وكذا يقع بالرتقا والمريضة الا التي لا توطأ .
وجه ان اطلاق الدخول يشمل الدبر كما حقق في باب المهر وغيره واطلاق الحكم يتناول الصغيرة وان
حرم الدخول بها والكبيرة المجنونة والعاقلة وان لم يقدر على تقدير وطيها في الدبر والمريضة التي لا
توطأ حال الظهار مع وجوده قبل التحقق الشرط ولو لم يشترط الدخول فدخول الجميع اوضح و
يمكن بناء الحكم على ذلك القول بقرينة ذكر المريضة التي لا توطأ الشامل باطلاقه للقبل والدبر في سائر
الاوقات وان لم يدخل الرتقاء في هذا العموم غالباً بالنظر الى الدبر ومثلها اطلاق المصنف الحكم
بصحة ظهار الخصي والمجبوب اللذين لا يمكنهما الوطء فانه لا يتم مع القول باشتراط الدخول
فلا بد في اطلاق هذه الاحكام من تكلف **قوله** الظهار محرم لاتصافه بالمنكر وقيل لا عقاب فيه
لتعقيبه بالعفو . لا خلاف بين العلمآء في تحريم الظهار لوصفه بالمنكر في قوله تعالى وانهم ليقولون
منكراً من القول وزوراً والمنكر والزور محرمان ثم اختلفوا فقال بعضهم انه يعفى عنه ولا يعاقب
عليه في الاخرة لقوله تعالى بعد ذلك وان الله لعفو غفور فوصفه بالعفو وهو يستلزم نفي العقاب
وهذا القول ذكره بعض المفسرين ولم يثبت عن الاصحاب وفيه نظر لانه لا يلزم من وصفه تعالى بالعفو
والغفران تعلقهما بهذا النوع من المعصية وذكره بعده لا يدل عليه ونحن لا نشك في انه تعالى
عفو غفور سواء عفى عن هذا الذنب الخاص ام لم يعف ثم تعقيبه له لا يخلو من باعث على الرجاء والطمع
في عفو الله تعالى له الا انه لا يلزم منه وقوعه به بالفعل ونظايره في القران كثيرة مثل قوله تعالى
وليس عليكم جناح فيما اخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم وكان الله غفوراً رحيماً مع انه لم يقل احد بوجوب
عفوه عن هذا الذنب المذكور وتبلو مع ان الوصف يصدق عنه مع عفوه عن بعض افراده دون بعض
كما يصدق به في غيره فلزوم العفو عنه مطلقاً غير لازم من الاية والحق انه كغيره من الذنوب امر عقابه
راجع الى مشية الله تعالى ونسبة المص ذلك الى القيل مشعر بعدم ظهوره عنده كما ذكرناه **قوله**
لا تجب الكفارة بالتلفظ وانما تجب بالعود وهو ارادة الوطء والاقرب انه لا استقرار لها بل معنى
الوجوب تحريم الوطء حتى يكفر . لا خلاف في ان الكفارة الواجبة بالظهار تتعلق بالعود لقوله
تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة لكن اختلفوا في المراد من
العود فذهب اكثر اصحابنا انه ارادة الوطء لا مجرد امساكها في النكاح والقول كنايته عنه والاية

والامرء

مضمرة مثلها في قوله تعالى فاذا قرءات القران فاستعذ بالله واذا قمتم الى الصلوة فاغسلوا وجوهكم
اي اردت القراءه واردتم القيام واستدلوا عليه بصحيحة ابي بصير قال قلت لابي عبد الله عليه
السلم متى يجب الكفارة على المظاهر قال اذا اراد ان يواقع وقال ابن الجنيد ان المراد به امساكها
في النكاح بقدر ما يمكنه مفارقتها فيه محتجا بان العود للقول عبارة عن مخالفته يقال قال
فلان قولا ثم عاد فيه وعاد له اي خالفه ونقضه وهو قريب من قولهم عاد في هبته ومقصود
الظهار ومعناه وصف المراة بالتحريم فكان بالامساك عايدا وهذان القولان للعامة ايضا ولهم
قول ثالث انه هو الوطء نفسه والاصح الاول وجواب الثاني ان حقيقة الظهار كما اعترفوا به
تحريم المراة عليه وذلك لا ينافي بقاؤها في عصمته فلا يكون ابقاؤها كذلك عودا فيه وانما يظهر
العود في قوله بارادة فعل ما ينافيه وذلك بارادة الاستمتاع او به نفسه لكن الثاني غير مراد
هنا القول فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا فجعل الكفارة مرتبة على العود وجعلها قبل ان يتماسا
فدل على ان العود يتحقق قبل الوطء وهذا يضعف القول الثالث وفي الثاني ايضا ان قوله
تعالى ثم يعودون يقتضي التراخي بين الظهار والعود لدلالة ثم عليه وعلى قولهم لا يتحقق التراخي
على هذا الوجه ولو قيل مثله في العزم بجواز وقوعه بعد الظهار بلا فصل لامكن الجواب بجريانه
على الغالب من ان المظاهر لانه في الحال على مخالفته مقتضاه وانما يحصل ذلك منه بعد التروي
اذا تقرر ذلك فنقول لا اشكال في وجوبها بالعود لكن هل هو وجوب مستقر حتى لو عزم بعد ذلك
على ترك وطيها او طلقها قبل المسيس وبعد العود تبقى الكفارة ملازمة له ام استقرار الوجوب
مشروط بالوطء بالفعل بمعنى تحريم الوطء حتى يكفر المشهور بين الاصحاب الثاني لصحيحة الحلبي
عن الصادق عليه السلم قال سالته عن الرجل يظاهر من امراته ثم يريد ان يتم على طلاقها قال
ليس عليه كفارة قلت ان اراد ان يمسها قال لا يمسها حتى يكفر فان ظاهرها ان جواز المسيس متوقف
على التكفير فمتى لا يفعل لا يستقر عليه وانما يكون شرطا في جواز المس وهو المراد من الوجوب غير
المستقر لا الوجوب بالمعنى المتعارف وقيل ان الوجوب يستقر بارادة الوطء وان لم يفعل
لان الله تعالى رتب وجوبها على العود بقوله ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة اي فعليهم
ذلك والاصل بقاء هذا الوجوب المرتب وجوابه منع دلالتها على الوجوب مطلقا بل غايته ان
يدل على توقف التماس عليها وذلك مطلوبنا ولو سلم الوجوب فالمراد به المقيد بمسالة التماس
والتعليه من الامور الاضافية لا يتحقق بدون المضاف اليه فما لم يحصل التماس لا يثبت الوجوب

وذلك

وذلك هو المراد من الوجوب غير المستقر فان قيل يلزم من هذا عدم وجوبها لان الواجب هو الذي لا يجوز تركه لا الى بدل وهذه
الكفارة قبل المسيس يجوز تركها مطلقا حيث يعزم على عدم المسيس اما مطلقا او مع فعل ما يرفع الزوجية ويترتب
على ذلك انه لو اخرجها قبل المسيس لا يجزيه لانها لم تجب ولان نية الوجوب هنا غير مطابقة وهذا المعنى الذي الملتزم
عليه غير الوجوب المتعارف بل هو بالشرط اشبه قلنا الامر كما ذكرت واطلاق الوجوب عليها بهذا المعنى مجازي
وقد نبهوا عليه بقولهم بمعنى تحريم الوطء حتى يكفر فهي حينئذ شرط في جواز الوطء واطلاق الواجب على الشرط
من حيث انه لا بد منه في صحة المشروط كثيرا ومنه وجوب الوضوء للصلوة المندوبة ووجوب الترتيب في الاذان
بمعنى الشرطية واما نية الوجوب بالكفارة فجاز اطلاقها بهذا المعنى لان نية كل شيء بحسبه ولو لم يعتبر نية الوجه كاختيارنا
في باب ابواب العبادات لعدم الدليل الناهض عليه تخلصا من الاشكال قوله ولو وطي قبل الكفارة لزمته
كفارتان ولو كرر الوطء تكررت الكفارة هذا هو المشهور بين الاصحاب المتقدمين منهم وجميع المتاخرين ومستنده صحيحة
الحلبي السابقة عن الصادق عليه السلم وفي آخرها قلت ان اراد ان يمسها قال لا يمسها حتى يكفر قلت فان فعله
فعليه شيء قال اي والله انه لاثم ظالم قلت عليه كفارة غير الاولى قال نعم يعتق ايضا رقبة وصحيحة ابي بصير
قال قلت لابي عبد الله عليه السلم متى تجب الكفارة على المظاهر قال اذا اراد ان يواقع قال قلت فان واقع قبل ان يكفر
قال فقال عليه كفارة اخرى وعن الحسن الصيقل عن الصادق عليه السلام قال قلت له رجل ظاهر من امراته فلم يف
قال عليه الكفارة من قبل ان يتماسا قلت فانه اتاها قبل ان يكفر قال بئس ما صنع قلت عليه شيء قال اساء وظلم قلت فيلزمه
شيء قال رقبة ايضا وقال ابن الجنيد والمظاهر اذا اقام على امساك زوجته بعد الظهار بالعقد الاول زمانا وان قل فقد
عاد لما قال ولم يستحب له ان يطاها حتى يكفر فان وطي ثم عاود الوطء ثانيا حتى يكفر فان فعل وجبت عليه لكل وطء كفارة
الا ان يكون ممن لا يجد العتق ولا يقدر على الصيام وكفارته من الاطعام فانه ان عاود الى جماع ثان قبل الاطعام فالفقه
لا يوجب عليه كفارة لان الله شرط في العتق والصيام قبل العود ولم يشترط ذلك في الاطعام والاختيار ان لا يعاود
الى جماع ثان حتى يصدق ويدل على ما اختاره من عدم تعدد الكفارة ايضا صحيحة زرارة قال قلت لابي عبد الله
عليه السلام رجل ظاهر ثم واقع قبل ان يكفر فقال لي او ليس هكذا يفعل الفقيه وحسنة الحلبي عن الصادق عليه السلم
قال سالته عن رجل ظاهر من امراته ثلث مرات قال يكفر ثلث مرات قال فان واقع قبل ان يكفر قال يستغفر الله ويمسك
حتى يكفر ورواية زرارة عن ابي جعفر عليه السلم ان الرجل اذا ظاهر من امراته ثم يمسها قبل ان يكفر فانما عليه كفارة
واحدة ويكف عنها حتى يكفر وما تقدم من حديث سلمة بن صخر وامر النبي صلى الله عليه وآله بعد ان اخبره انه واقع
بعتق رقبة ولو وجبت عليه كفارتان لامره بعتق رقبتين وفي رواية اخرى عنه عن النبي صلى الله عليه وآله في المظاهر
يواقع قبل ان يكفر قال كفارة واحدة ويمكن على هذا حمل الاخبار الواردة بتعدد الكفارة على الاستحباب جمعا بين الاخبار

مع ان فی سند الروایتین رایحة الاستحباب لانه علیه السلم لم یصرح بان علیه کفارة اخری الا بعد المراجعة وعدول
عن الجواب کما لا یخفی الا ان الروایة الاولی من الصحیح وکذلک الثانیة ولیس فی الباب صحیح غیرهما فنا ولهما
للجمع لا یخلو من اشکال والشیخ حمل الروایات الدالة علی عدم تکرر الکفارات علی من فعل ذلک جاهلا واستشهد علیه بصحیحة
محمد بن مسلم عن ابی جعفر علیه السلم قال الظهار لا یکون الا علی الحنث فاذا حنث فلیس له ان یواقعها حتی یکفر
فان جهل وفعل فانما علیه کفارة واحدة وحمل الروایة الاولی منها علی ما اذا کان الظهار مشروطا بالمواقعة فان
الکفارة لا تجب الا بعد الوطی فلو انه کفر قبل الوطی لما کان مجزیا عما یجب علیه بعد الوطی ولکان یلزمه کفارة اخری
اذا وطی فنبه علیه السلم علی ان المواقعة لمن هذا حکمه من افعال الفقیه الذی یطلب الخلاص من وجوب کفارة اخری
علیه ولیس ذلک الا بالمواقعة ولا یخفی علیک بعد هذه المحامل وقول ابن الجنید لا یخلو من قوة وفیه جمع بین الاخبار الا ان
الاشهر خلافه وحیث نقول بتعدد الکفارة نستثنی منه ما لو فعل موجبه نسیانا او جهلا فانه لا یتعدد لما سبق من رفع
حکم الخطاء والنسیان واما تکرر الوطی فیدل علیه الاخبار الدالة علی تعدد الکفارة قبل الوطی الشامل لذلک وخصوص
حسنة ابی بصیر عن الصادق علیه السلم قال اذا واقع المرة الثانیة قبل ان یکفر فعلیه کفارة اخری لیس فی هذا اختلاف ولان
کل سبب واحد للکفارة والاصل عدم تداخل المسببات وقال ابن حمزة ان تکرر منه الوطی قبل التکفیر الاول لم یلزمه
غیر واحدة وان کفر عن الاول لزمه عن الثانی وهکذا وما سبق حجة علیه **قوله** اذا طلقها رجعیا ثم راجعها
لم تحل له حتی یکفر ولو خرجت من العدة ثم تزوجها ووطاها فلا کفارة وکذا لو طلقها بائنا وتزوجها فی العدة
ووطاها وکذا لو ماتا او مات احدهما او ارتد احدهما اذا طلق المظاهر طلاقا رجعیا ثم راجعها فلا خلاف فی انه یعود
الظهار واحکامه فیحرم علیه بالظهار السابق وتجب الکفارة بالعود ولا تجب بالرجعة بمجردها لانها لا تستلزم
العزم علی الوطی ولو طلقها بائنا او رجعیا وترکها حتی بانت ثم جدد نکاحها ولو فی العدة اذا کان الطلاق بائنا
ففی عود الظهار قولان احدهما وبه قال المعظم انه لا یعود لاصالة البراءة والخروج من العدة والطلاق وصیرتها
کالاجنبیة بعد خروج العدة واستباحة الوطی بعد ذلک لیس بالعقد الاول الذی لحقه التحریم بالظهار بل بعقد لم یلحقه
ظهار ولصیرورتها اجنبیة قبل العقد الثانی فکما لا یصح ابتداء الظهار بها لا یصح استدامته لان حکمه معلق بالزوجیة
ولصحیحة یزید بن معویة قال سالت ابا جعفر علیه السلم عن رجل ظاهر من امراته ثم طلقها تطلیقة فقد بطل
الظهار فقلت له فله ان یراجعها قال نعم هی امراته فان راجعها وجب علیه ما یجب علی المظاهر من قبل ان یتماسا قلت فان ترکها
حتی یحل اجلها وتملک نفسها ثم تزوجها بعد ذلک هل یلزمه الظهار من قبل ان یتماسا قال قد بانت وملکت نفسها
وهذا نص فی الحکمین وذهب سلار وابو الصلاح الی عود حکم الظهار بتزویجها ولو بعد العدة الباین لعموم
الآیة وخصوص حسنة علی بن جعفر عن اخیه علیه السلم انه ساله عن رجل ظاهر من امراته ثم طلقها بعد ذلک بشهر

الکفارة بتکرره عند تعدد الاسباب

یجوز اذا هو طلقها تطلیقة وهدم الطلاق الظهار

اوشهرا

والتمرن علی ذلک وجب ان یکون اشتراطه للسابق من المتسابقین ان لم یکن بینهما محلل
او منهما او من المحلل ان کان بینهما فلو جعل لغیرهما لم یجز لانه مفوت للغرض وکذا لو جعل للمسبوق
لان کل منهما یحرص علی کونه مسبوقا لیحصل العوض فیفوت الغرض ومن ثم لم یجز جعل القسط
الاوفر للمصلی والادون للسابق اما العکس وهو ان یجعل الاوفر للسابق والادون للاخر فانه
جایز وذکر المص فی التذکرة تفصیلا حاصله ان المال اذا کان من ثالث لم یجز ذلک لان المسبوق
اذا کان یحصل علی شیء کان مظنة التکاسل فیفوت مقصود العقد اما اذا کان فلا مانع لانه فی
الحقیقة راجع الی جعل التفاوت بین القسطین هو الخطر وهذا التفصیل لا باس به لکن سیاتی
انهم اذا کانوا ثلثة جاز ان یجعل الادون للمصلی وهو نظام مناف لهذا ان یقال المصلی فی هذه
الصورة سبق بالنسبة الی الثالث فلا یمتنع اشتراط شیء قلیل له بخلاف ما هنا
وهل یجوز جعل للمصلی لو کانوا ثلثة نظر وکذا الاشکال فی جعل قسط للفسکل منشأ النظر
من ان المصلی سواء بالنسبة الی الثالث فهو سابق فی الجملة فاذا جعل العوض له کان ذلک باعثا
لکل منهم علی عدم التاخر ولیس بشیء لان الغرض من شرعیة هذا العقد السبق وهذا لاشتراط یقتضی
التحریص علی عدمه ومنشأ الاشکال اصالة الجواز واشتراط الاکثر للسابق کاف فی التحریص علی
سبق کل منهم فیحصل به مقصود العقد ومن المسبوق اذا علم انه یحصل شیء قل جده ونشاطه
فی الحرص علی کونه سابقا ومال الی عدم اجهاد نفسه وفرسه فیفوت الغرض والاصح عدم الجواز
واعلم ان المص حکی فی المختلف قولا بجواز جعل العوض بحیث السابق وهو وهو محتمل
ولو جعل العوض للمحلل خاصة جاز وکذا لو قال من سبق منا فله السبق المراد جعله للمحلل علی
تقدیر سبقه ولا شبهة فی جوازه وفی معناه قولهما من سبق منا فله السبق بالفتح
ولا یشترط المحلل خلافا لابن الجنید منا وللشافعی حیث شرطاه اذا کان العوض منهما لقول النبی صلعم
من ادخل فرسا بین فرسین وهو یامن ان یسبق فلا باس به ومن ادخل فرسا بین فرسین وهو یامن
ان یسبق فان ذلک هو القمار وجه الاحتجاج به اذا علم ان الثالث لا یسبق فهو قمار فیعلم

اولى ولانه بدونه شبيه بالقمار ويضعف بمنع الاولوية فان القطع بعدم سبق من تضمنه
عدم السابق مناف للصحة مطلقا لمنافاته لمقصود المسابقة واستثناء الشارع جواز
هذا العقد اخرجه كونه قمارا اذا عرفت ذلك فاعلم انه يشترط في المحلل ما يشترط في
غيره من مكافات دابته لدابتي المتسابقين وتعيين فرسه في العقد كما في المستبقين
والاقرب عدم اشتراط التساوي في الموقف وجه القرب التمسك
بالاصل لعدم الدليل الدال على الاشتراط فان الاخبار مطلقة ويحتمل العدم لانتفاء
معرفة جودة عدو الفرس وفروسية الفارس مع عدم التساوي لان عدم السبق
قد يكون مستندا اليه فيخل بمقصود العقد وما اشبه هذه بمسئلة ارسال احدى
الدابتين قبل الاخرى والذي يقتضيه النظر اشتراط التساوي في الموقف
المطلب الثاني في الاحكام عقد المسابقة والرماية لازم كالاجارة وقيل جائز
كالجعالة وهو الاقرب فلكل منهما فسخه قبل الشروع قد سبق ان الاصح اللزوم وقوله
فلكل منهما فسخه قبل الشروع تفريع على القول بالجواز لا يقال اذا كان العقد جائزا
لم يتفاوت جواز الفسخ قبل الشروع وبعده لانا نقول حكم ما بعد الشروع وظهور
الفضل مخالف لما قبله لا من جهة العقد بل بسبب اخر كما سياتي بيانه انشاء الله تعالى
ويبطل بموت الرامي والفرس قطعا لان الرامي بخصوصه مقصود في عقد
الرمي كالفرس في عقد المسابقه ولو مات الفارس فللوارث الاتمام
على اشكال ينشأ من ان الفارس غير مقصود في المسابقة انما المقصود امتحان الفرس
وحقوق الميت ينتقل الى الوارث والاتمام حق له ومن ان العقد لم يتناول من
عدا الميت وامتحان الفرس وان كان هو المقصود الا ان الفارس مقصود تبعا والاصح
العدم فان قيل اي وجه للاشكال على القول بجواز العقد فان المتبادر من كون الوارث
له الاتمام انه حق له ومع الجواز فلا حق لاحد المتعاقدين في العقد على الاخر قلنا

ء له

المراد ان له الاتمام بذلك العقد من غير احتياج الى عقد جديد اعم من ان يكون ذلك
على وجه اللزوم او الجواز قوله ولو اراد احدهما الزيادة او النقصان لم يجب اجابته
سواء قلنا بجواز العقد ام بلزومه اما اذا قلنا باللزوم فظاهر لوجوب الوفاء به فان
اراد ذلك فسخا العقد ثم عقد غيره واما على الجواز فلان الزيادة والنقصان في العمل
او المال منوط برضى الاخر بل اصل العمل منوط به قوله وان كان بعد الشروع
وظهور مثل ان يسبق بفرسه في بعض المسافة او يصيب بسهام اكثر فللفاضل الفسخ لا
المفضول على اشكال اي وان كان الفسخ بناء على جواز العقد بعد الشروع فان لم يظهر
لاحدهما على الاخر فضل فكما لو فسخ قبل الشروع وان ظهر لاحدهما فضل على الاخر وحصلت
علامات السبق فللفاضل الفسخ لانه يترك بعض حقه واما المفضول ففي جواز فسخه
اشكال ينشاء من انه لو جاز لادى الى سد باب المسابقة فانه متى احس احد المتسابقين
بغلبة صاحبه له عدل الى الفسخ ومن ان الفرض جواز العقد وقضية الجواز التسلط على
الفسخ في كل وقت ويضعف بان هذا مقتضى العقد واللزوم هنا حصل بعارض فلا منافاة
والاصح عدم الجواز وهو مذهب التذكرة واعلم ان المص ذكر في التذكرة تفريعا على لزوم العقد
ان الفاضل يجوز له ترك العمل اذا لم يحتمل الحال ان يدركه الاخر ويسبقه معللا بانه يترك
حق نفسه ويشكل بان لزوم العقد يقتضي وجوب اتمام العمل وليس الاتمام نفس حقه وانما
هو مستلزم له قوله وعلى اللزوم يحتمل البداءة بالعمل لا بتسليم السبق الظاهر انه لا خلاف
ذلك وهذا بخلاف الاجارة فان الاجر يسلم الى الموجر بالعقد والفرق ان الاجر في المسابقة
مبني على الخطر والاحتمال فيتقيد بالعمل قوله ويجوز ضمانه والرهن به لا يخفى ان ضمان
السبق على القول بجواز عقد السبق كضمان مال الجعالة قبل العمل وكذا الرهن به فمتى لم يجوزهما
في الجعالة لم يجوزهما هنا واما على اللزوم لانه في سياقه وبه صرح في التذكرة عن بعض الفقهاء و
وجه الجواز ثبوت العوض بالعقد اللازم وحكى المص في التذكرة عن بعض الفقهاء اشكالا

حاصله ان وجوب البداية بالعمل لا بتسليم العوض بدل على ان المال لا يستحق الا بالعمل
وح فيكون ضمانه ضمان ما لم يجب وما جرى سبب وجوبه قال وضمان هذا ابعد من
ضمان نفقة الغد فان الظاهر استمرار النكاح والطاعة وسبق من شرط له السبق امر ضعيف
ويؤيده ان السبق ليس امرا مستندا الى اختيار المتسابقين فقد يتفق سبق احدهما وقد
لا يتفق فلا يكون العوض معلوم الثبوت لعدم ثبوت ما هو مجعول في مقابله فكيف يصح
ضمانه بخلاف الاجرة التي هي في مقابل المنفعة الموجودة تبعا للعين ومن ثم تعد مالا و
هذا الاشكال واضح متين فان فسدت المعاملة بكون العوض ظهر خمرا رجع
الى اجرة مثله في جميع ركضه لا في قدر السبق وقيل يسقط المسمى لا الى بدل ولو فسدت
لاستحقاق العوض وجب على الباذل مثله او قيمته ويحتمل اجرة المثل اذا فسدت المعاملة
بعد المسابقة من جهة العوض فللفساد طريقان احدهما ان يظهر كون العوض المعقود
عليه مما لا يملك في شرع الاسلام كما لو ظهر خمرا ففي استحقاق السابق على الباذل شيئا قولان احدهما
لا يستحق شيئا اختاره الشيخ ونجم الدين بن سعيد لانه لم يعلم شيئا وفائدة عمله راجعة اليه
بخلاف ما اذا عمل في الاجارة او الجعالة الفاسدين فانه يرجع الى اجرة مثل عمله لان فائدة العمل للمستأجر
والجاعل واصحهما واختاره المص هنا وفي التذكرة وجوب اجرة المثل لان كل عقد استحق المسمى
في صحيحه فاذا وجد المعقود عليه في الفاسد وجب عوض المثل والعمل في القراض قد لا ينتفع
به المالك ومع ذلك يكون مضمونا فيرجع الى اجرة المثل لجميع ركضه لا الى القدر الذي سبق به
لترتبه على جميع الثاني ان يكون سبب الفساد استحقاق العوض ومقتضى عبارة المص ان القول
بسقوط المسمى لا الى بدل غرابة هنا وهو ظاهر عبارة الشرايع ويلوح من عبارة التذكرة عدم
الفرق وهو الصواب فان الدليل في الموضعين واحد وكذا الفتوى اذا عرفت ذلك فاعلم
انه مع ظهور العوض مستحقا هل يجب مثله ان كان مثليا والا فقيمته نظرا الى انهما
اقرب شيء الى ما وقع التراضي عليه كالصداق اذا ظهر فساده عند بعضهم ام يجب اجرة المثل

لان العوض

لان العوض المسمى اذا فات وجبت قيمة العوض الآخر وهي اجرة مثله كما في ساير المعاوضات
وجهان اصحهما الثاني وكيف يجب قيمة ما حكم ببطلان كونه عوضا ثم كيف اعتبار اجرة
المثل ذكر فيه وجهان احدهما ان ينظر الى الزمان الذي وقعت المسابقة فيه والى كم
قدره فيعطى اجرة المثل بناء على ان الحر اذا غصب على نفسه استحق اجرة مثل تلك المدة
والثاني انه يجب ما يجري المسابقة بمثله في مثل تلك المسافة في العرف غالبا قال في
التذكرة وهذا ان كان اقرب لكن يشكل بانتفاء العرف فيه بين الناس وما ذكره صحيح
لكن انتفاء العرف لا يوجب العدول الى الطريق الآخر الضعيف فان امكن الوقوف عليه والا
اصطلحا وليس لاحدهما ان يجنب الى فرسه فرسا يحرضه على العدو ولا
يصيح به في وقت سباقه في الحديث لا جلب ولا جنب والجلب هو ان يتبع الرجل فرسه فيزجره
ويجلب عليه ويصيح حثا له على الجري والجنب بالنحو بان يجنب فرسا الى فرسه الذي يسابق
عليه فاذا فتر المركوب تحول الى المجنوب فنهوا عنهما ذكره ابن الاثير في النهاية وغيره
ولو قال الآخر من سبق فله عشرة فايهم سبق استحقها ولو جاءوا جميعا فلا
شيء لاحدهم ولو سبق اثنان او اربعة تساووا ويحتمل ان يكون لكل واحد عشرة
اي لو قال اخرج المتسابقين من سبق فله عشرة فان سبق واحد فلا بحث في استحقاقه
اياها وان جاءوا جميعا فليس فيهم سابق فلا شيء لهم ولو سبق ما فوق واحد ففي قدر الاستحقاق
وجهان احدهما واختاره الشيخ والمص توزيع العشرة على السابقين لان من يحتمل ارادة كل فرد
من السابقين ومجموع من سبق اعم من ان يكون واحدا او متعددا ومع الاحتمال فالاصل براءة الذمة
من وجوب ما زاد على عشرة فيقتسمها السابقون والثاني استحقاق كل واحد منهم عشرة لان من
العموم فهي بمعنى كل فرد فرد ولان الحكم في جميع القضايا الكلية انما هو على كل فرد فرد ولان من
مفرد ولهذا يعود اليها الضمير مفردا فهي بمعنى اي ولان العوض في مقابل السبق وقد وقع
من كل واحد منهم فيستحق كل منهم كمال العوض وقد صرح المص في كتاب الجعالة بانه لو قال قايل

من دخل داري فله دينار فدخلها جماعة استحق كل منهم دينارا لان كل واحد منهم قد صدر
منه دخول كامل وهذا اقوى لا يقال فعلى هنا لا يكون العوض معلوما حال العقد
اذ لا يعرف قدر السابقين ح فيلزم عدم صحته على القول باللزوم لانا نقول هذا القدر
غير قادح والا لم يصح من سبق فله كذا ومن صلى فله كذا على قول الشيخ ايضا لامكان اشتفاء
المصلى فان قيل السبق هنا لكل منهم امر اضافي لانه انما يتحقق بالنسبة الى المتخلف خاصة
فلا يكون تمام السبق الا لمجموع السابقين قلنا لما كان البذل لمن ثبت له السبق وجب
استحقاق كل منهم العوض لثبوت ذلك المعنى والا لوجب ان لا يستحق شيئا قوله ولو قال
من سبق فله عشرة ومن صلى فله خمسة فسبق خمسة وصلى خمسة فللخمسة عشرة ولكل واحد
على الاحتمال اى فللخمسة السابقين عشرة على ما اختاره سابقا والاحتمال الذى ذكره
يكون لكل واحد عشرة وهو الاقوى قوله وللثانية خمسة او لكل واحد ويحتمل
البطلان على الاول لامكان سبق تسعة فيكون لكل واحد من السابقين درهم و
تسع وللمصلى خمسة اى وللخمسة الثانية اى المصلين خمسة على ما اختاره المص او لكل
واحد منهم على الاحتمال وهنا احتمال ثالث وهو بطلان هذا البذل من الباذل حال
البذل لان العوض الادون اذا جعل للاسبق والاخر لغيره لم يكن السبق مطلوبا للمتسابقين
فيفوت مقصود المسابقة وهو هنا كذلك لان كل واحد منهم يجوز تعدد السابقين و
اتحاد المصلى المقتضى لكون نصيب السابق بقدر المصلى او ادون فيقل جده وحرصه
في اجهاد نفسه وفرسه وغرض المسابقة الحث على السبق بالتفصيل في الجعل على جميع الاحوال
الممكنة وهذا انما هو على ما اختاره المص من انقسام السابقين العشرة اما على ما اخترناه
من ان لكل واحد عشرة فلا مانع من الصحة قوله ولو قال لاثنين ايكما سبق فله
عشرة وايكما صلى فله عشرة لم يصح لمنافاته مقصود المسابقة كما اشرنا اليه سابقا قوله
ولو قال ومن صلى فله خمسة صح هذا خلاف ما ذكره من الاشكال في جواز جعل قسط للفسكل

انه اذا كان المتسابقين اثنين كان المتاخر بمنزلة الفسكل فيكون رجوعا عن الاشكال الى الجزم
والاصح انه لا يصح لانه مخالف المقصود المسابقة ولو قال لثلثة من سبق فله
عشرة ومن صلى فله عشرة صح ووجهه ان المصلى سابق بالاضافة الى المتاخر فصح بذل العشرة
له الاتصافه بالسبق وقد ذكر المص ذلك هنا وفي التذكرة والتحرير ويشكل بانه لا يجوز
مساواة الاعلى والادون في الجعل لان العوض اذا كان واحدا ضعف الباعث على اجهاد
الفارس نفسه وفرسه على تحصيل السبق وفي حواشي شيخنا الشهيد احتمال البطلان
وهو المتجه ولو قال من سبق فله عشرة ومن صلى فله خمسة فسبق احد الثلثة
وصلى اخر وتاخر ثالث فلا شيء للمتاخر لا كلام في صحة هذا الفرض لان المصلى ادون ممن
قبله واعلى ممن بعده فجاز ان يجعل له قسط ادون اذا عرفت ذلك فاعلم انه قد سبق الكلام عن
كيفية البذل على القول بلزوم عقد المسابقة وان العقد هل يكون بين المتسابقين
فقط او بينهما وبين الباذل ويتحقق اللزوم بالعقد والذى ينساق اليه النظر هو الثاني
فيكون هو الموجب والقابلان وينبغي التامل لذلك لانى لم اظفر بشيء هنا ويجوز ان
يخرج احدهما اكثر مما يخرجه الاخر ويختلفا فلو قال احدهما ان سبقتني فلك على عشرة وان سبقتك
فلي عليك خمسة او قفيز حنطة جاز مثال اخراج احدهما اكثر اذا بذل واحد عشرة للاخر
على تقدير سبقه والاخر خمسة ومثال اختلافهما في جنس الاخراج اخراج احدهما عشرة والاخر
قفيز حنطة ولو اخرجا عوضين وادخلا المحلل وقالا من سبق فله العوضان فان
تساوقا احرز كل منهما سبقه ولا شيء للمحلل وكذا لو سبقا المحلل ولو سبق المحلل خاصة او احدهما
احرزهما السابق ولو سبق احدهما والمحلل احرز السابق مال نفسه وكان مال المسبوق بين
السابق والمحلل نصفين اذا اخرج المتسابقان العوضين منهما وادخلا بينهما المحلل وقالا
من سبق فله العوضان فالاحوال سبعة وقد ذكره المص خمسة الاول ان ينتهوا الى الغاية
على حد سواء فيحوز كل من المتسابقين مال نفسه ولا شيء للمحلل لانتفاء السابق للثاني

ان يسبق المخرجان فيصلا معًا سواءً ويتاخر المحلل عنهما فكذلك لاستوائهما في السبق ولاشي للمحلل
لانه مسبوق الثالث ان يسبق المحلل وياتي المخرجان بعده على سواء او تفاضل فيستحق المحلل
العوضين معًا لسبقه لكل من المخرجين الرابع احد المخرجين وهنا ثلث صور لانه اما ان ياتي بعده
المحلل والمخرج سوآء او يكون المحلل مصليًا والآخر بعده او بالعكس وفي جميع هذه الاحوال لايختلف
الحال عندنا ان السابق يحرز العوضين معًا لسبقه وقال بعض العامة ان المحلل اذا كان مصليا والمخرج
الآخر بعده يحرز سبق المتاخر ويبقي السابق على مال نفسه وفي الصورتين الاخريين لاشي للمحلل ولكل
من المخرجين مال نفسه ولا يحرز السابق مال الآخر لانه اذا كان كل من المتسابقين يغنم ويغرم كان قمارا
وهو فاسد الخامس ان يسبق المحلل واحد المخرجين بان ياتيا الى الغاية على سواء ويتاخر المخرج الآخر
ويحرز السابق من المخرجين سبق نفسه ويكون مال المسبوق بين المخرج السابق والمحلل لتشاركهما في
سبب الاستحقاق وهو السبق وعلى قول ذلك البعض من العامة مال المسبوق للمحلل خاصة وقد سبق
رده ولا يخفى انه لا يكون مجموع العوضين بين المحلل والسابق لان مال السابق باق على ملكه وانما يخرج
عنه اذا صار مسبوقًا وهو منتف هنا اذا عرفت ذلك فهنا مباحث الاول المال المخرج من كل
من المتسابقين يجوز ان يطلق عليه العوض لجريان العقد عليه والعوضان لان ما اخرجه احدهما
عوض عن سبق الآخر الثاني انما اقتصر المص على ذكر الصور الخمس لان الاحكام انما يختلف عندنا
باعتبارها الثالث اذا دخل المحلل بين المتسابقين فينبغي فرسه بين فرسيهما فان لم يتوسطهما وعدل
الى يمين وشمال جاز وان اسآء بفعله اذا تراضيا به وان لم يتراضيا على ذلك لم يكن له العدول عن الوسط
ولو اختلفا في ذلك فرضي احدهما بعدوله عن الوسط دون الآخر قدم اختيار من يطلب التوسط
دون الانحراف لانه اعدل بينهما وامنع من تنافرهما ولو رضيا باخراجه عن التوسط ودعا احدهما
الى ان يكون ميامنا وللآخر الى ان يكون مياسرًا لم يعمل على قول واحد منهما وجعل وسطا لانه
العدل والمتعارف فهذا موضع المحلل واما المتسابقان فان اتفقا على كون احدهما عن يمين والآخر
عن شمال فلا بحث والا اقرع بينهما واقر كل واحد منهما في موضع قرعته من يمين وشمال ذكر ذلك كله المص

في التذكرة

في التذكرة قوله ولو شرط السبق باقدام معلومة كثلثة او اكثر او اقل لم يصح لعدم ضبطه وعدم وقوف
المرسين عند غاية بحيث يعرف المسامحة بينهما اختار المص في التذكرة جواز هذا الشرط وحكي عن بعض
الشافعية المنع ثم قال ولا وجه له ولا ريب انه ان انضبط ذلك وامكن الوقوف عليه لا مانع من صحته
قوله الباب الثاني في الرمي مقدمة الرشق بفتح الراء الرمي وبالكسر عدده الذي في القاموس
والصحاح ان الرشق بالفتح المصدر وبالكسر الاسم وفي النهاية لابن الاثير ان الرشق بالكسر هو الوجه
من الرمي واذا رمى القوم كلهم دفعة واحدة قالوا رشقا والرشق ايضًا ان يرمي الرامي بالسهام كلها
وفي التذكرة انه بالكسر عدد الرمي الذي يتفقان عليه واهل اللغة يقولون هو عبارة عما بين العشرين الى الثلثين
ويسمى ايضًا الوجه واغراق السهم هو ان يزيد في مد القوس لتفضل قوته حتى تستغرق السهم فيخرج من
جانب الوتر المعهود الى الجانب الآخر واعلم ان السهم توصف باوصاف الاول الحابي قال المص
في التذكرة وقد اختلف فيه فقيل ان ابا حامد الاسفرايني وهم هنا جعل الحوابي صفة من صفات السهم
وسماه حوابي باثبات اليآء وفسره بانه السهم الواقع دون الهدف ثم يحبو اليه حتى يصل اليه ماخوذًا
من حبو الصبي وهو نوع من الرمي المزدلف يفترقان في الاسم لان المزدلف احد والحابي اضعف
ويستويان في الحكم ثم حكي عن قوم ان الجواب باسقاط اليآء نوع من الرمي وهو ثالث المحاطة
والمبادرة والمراد به ان يحتسب بالاصابة في السن والهدف ويسقط الاقرب من السن ما هو ابعد منه
ثم قال والمشهور ان الحابي ما وقع بين يدي الغرض ثم وثب اليه فاصابه وهو المزدلف وفسر المزدلف
في التحرير بانه الذي يضرب الارض ثم يثب الى الغرض وهو التفسير الاول الثاني الخاصر ويسمى ايضًا
جائزًا في التذكرة يقال اجار بالسهم اذا اسقط وراء الهدف وعد من الخطا لانه منسوب الى
سوء الرمي الثالث الحاصل في التذكرة وهو يطلق على القارع وهو ما اصاب السن ولم يؤثر فيه
وعلى الخارق وهو ما اثر ولم يثبت وعلى الخاسق وهو ما ثبت ولم يذكر اطلاقه على المارق وعلى تعريفه
بانه المصيب كيف كان يجب ان يطلق عليه وفي التحرير ان الخارق يطلق على الخاسق ايضًا الرابع الخارم
وفسر في التحرير بانه الذي يصيب طرف القرطاس فلا يثقبه ولكن يخرق الطرف ويخرمه الخامس الطامح

ولہ تاویلان احدہما انہ الذي قارب الاصابۃ ولم یصب ویکون مخطیا والثاني انہ الواقع بین السن وراس الهدف
فیکون مخطیا ان شرطت الاصابۃ في السن ومصیبا ان شرطت في الهدف وفي التحریر واما الطایح والقاحز
فهو الذي یشخص عن کبد القوس ذاهبا الي السماء السادس العاضد وهو الواقع من احد الجانبین فیکون
کالجایر علی احد التاویلین السابع الطایش السهم الذي لا یعرف مکان وقوعہ والطایش محسوب
علیہ في الخطاء الثامن العایر وهو السهم المصیب الذي لا یعرف رامیہ ولا یحتسب بہ لواحد من الرامیین
للجهل بہ التاسع الخاطف وهو المرتفع في الهوي یخطف نازلا فان اخطا بہ کان محسوبا علیہ لانہ من سوء
رمیہ وان اصاب بہ ففي الاحتساب بہ وجهان نظرا الی حصول الاصابۃ وان تاثیر الرمي في ارتفاع السهم
فاما سقوط فلثقلہ فیکون مصیبا بغیر فعلہ فعلی هذا هل یحسب من الخطاء وجهان ایضا نظرا الی انہ لا
واسطۃ فاذا لم یکن مصیبا عد مخطیا وان الاصابۃ فقد حصلت واسوا الاحوال ان یکون وجودہ کعدمها
وفصل في التذکرۃ بانہ ان نزل بعد ارتفاعہ فاتر الحرکۃ لا ینقطع مسافۃ احتسب خاطیا وان نزل في بقیۃ
حدتہ احتسب لہ صایبا لان الرمي بالفتور منقطع وبالحدۃ مندفع وزاد في التحریر اوصافا الصادر
وجمعہ صوارد وهو الذي اصاب الغرض ونفذ فیہ ومضی ولم تؤثر النابیۃ القاحز وهو الذي
یشخص عن کبد القوس ذاهبا الي السماء الثالثۃ المخطخط وهو الذي یمیل یمینا وشمالا الرابعۃ
الزاهق وهو الذي یتجاوز الغرض من غیر اصابۃ الخامس الحابض وهو الذي یقع بین یدي الرامي السادسۃ
الدابر وهو الذي یخرج من الهدف وهو المارق ایضا السابعۃ المرتدع وهو الذي اصاب الهدف
ویشدخ عودہ ویکسر قولـہ والمبادرۃ هي ان یبادر احدهما الی الاصابۃ مع التساوي في الرشق
والمحاطۃ هي اسقاط ما تساویا فیہ من الاصابۃ لا یخفی فساد ما ذکر من تعریفهما لان المبادرۃ علی ما
ذکرہ صادقۃ مع اشتراط المحاطۃ في العقد فان من بدر من المتسابقین ح صدق تعریف المبادرۃ بالنسبۃ
الیہ وکذا التعریف في تعریف المحاطۃ صادق مع اشتراط المبادرۃ اذا تحققت الاصابۃ من الجانبین ومع
ذلک فالغرض من بیان معنی اللفظین غیر حاصل بذلک والصحیح ما ذکرہ في التذکرۃ فانہ قال في تعریف المبادرۃ
هي ان یشترط الاستحقاق لمن بدر الي اصابۃ خمسۃ من عشرین فاذا رمیا عشرین فاصاب احدهما خمسۃ والاخر اربعۃ

فالاول ناضل

فالاول ناضل ولو رمي احدهما عشرین فاصاب خمسۃ ورمي الآخر تسعۃ عشر فاصاب اربعۃ لم یکن الاول
ناضلا حتی یرمي الثاني سهما فان اصاب فقد استویا والا کان ناضلا وکان علیہ ان یزید فیہ مع التساوي
في الرشق فظهر من هنا انہ متی تحققت اصابۃ العدد المشترط من واحد خاصۃ مع الاستوا في الرشق وان
کان دون مجموع العدد المشترط في العقد تحقق کونہ ناضلا ولم یجب الاکمال وقال في تعریف المحاطۃ
هي ان یشترط الاستحقاق لمن خلص لہ من الاصابۃ عدد معلوم بعد مقابلۃ اصابات احدهما باصابات
الآخر وطرح ما یشترکان فیہ فاذا شرطا عشرین رشقا وخلوص خمس اصابات فرمیا عشرین فاصاب
احدهما عشرۃ والآخر خمسۃ فالاول هو السابق وان اصاب کل واحد منهما خمسۃ او عشرۃ فلا سبق هنا وکان
علیہ ان یزید فیہ مع اکمال العدد کلہ فانہ لیس المراد الخلوص کیف کان بل بعد اکمال جمیع العدد المشترط
قولـہ وفي هذا الباب مطلبان الاول في الشروط وهي ثاني عشر بحثنا الاول العقد وقد سبق الثاني
العلم بعدد الرشق وهو شرط في المحاطۃ قطعا وفي المبادرۃ علی اشکال اما اشتراطہ في المحاطۃ فظاهر
لان المراد خلوص اصابۃ کذا بعد مقابلۃ الاصابات من الجانبین من عدد یجب اکمالہ فلا بد من تعیینہ
والا افضی الی الجهالۃ والتنازع واما المبادرۃ فمنشاء الاشکال من ان الاستحقاق متعلق بالبدار الی اصابۃ
العدد المعین حیث اتفق ولا یجب اکمال العدد المشروط فلا حاجۃ الی تعیینہ ولاصالۃ البراءۃ من الاشتراط
واختارہ الشارح الفاضل ومن انہ لولا ذلک لکان اذا لم تتفق الاصابۃ المشترطۃ لهما ولا لاحدهما لا یکون
لهما غایۃ یقفان عندها فربما طلب احدهما الرمي بمقتضی العقد وامتنع الآخر فیحصل التنازع والتجاذب
علی وجہ لا سبیل الی قطعہ اذ لو الزم الممتنع بالاجابۃ امکن ان یستمر عدم الاصابۃ الی غیر النهایۃ وبالاشتراط
افتی الشیخ في المبسوط وابن ادریس وابن سعید والتحقیق ان یقال الاوجہ لهذا الاشکال علی تقدیر لزوم
العقد بل لا بد من الاشتراط دفعا للغرر والجهالۃ وحسما لمادۃ التنازع وکذا علی القول بالجواز لانہ
بدون التعیین متی ظهرت علامات الفضل لاحد الرامیین لا یجوز للمفضول الفسخ فلا بد من غایۃ معینۃ
یقفان عندها تکون حاسمۃ لمادۃ النزاع قولـہ ولو شرطا الخواسق والحوابی معا صح ای شرطا الجمع بین
الوصفین في اصابۃ عدد معین کخمسۃ ثلثۃ منها خواسق مثلا والباقي حوابي ولا شک في جوازہ لانہ

لا وجه لافراد هذين الوصفين اذ جميع اوصاف الرمي كذلك ولعله يريد به الجمع بينهما في سهم واحد وهو
صحيح ايضًا اذ لا منافاة بين كون السهم حابيا وخاسقا قوله ولو اطلقا فالاقرب حمله على الحواصل
وجه القرب ان ذلك هو القدر المشترك بين الجميع فهو المطلق معنى فيحمل الاطلاق لفظا عليه اذ الاصل
البراءة من وجوب التعيين ولان اسم الاصابة واقع على الجميع فيكفي اشتراطه ويحتمل اشتراط التعيين
لان اخلاء العقد عن التعيين اعم من الاطلاق وعدمه ولا دلالة للعام على الخاص باحدى الدلالات واجازه
الشيخ في المبسوط والمص في التحرير واختار في التذكرة الاول وهو اقوى وليس العقد خاليًا عن
التعيين لان اشتراط الاصابة في قوة اشتراط المطلق ولا غرر هنا قوله الخامس تساويهما في
قوله لا له ولا عليه لم يصح وجهه في جميع المسايل عدم التكافؤ الذي هو مناط الصحة لان الغرض
استناد اصابة المصيب منهما بحذقه لا بسبب آخر من زيادة رشقه او قرب موقفه والمراد من كونه
لا له ولا عليه في قوله او يجد احدهما واحدًا من خطايه لا له ولا عليه اسقاطه بحيث لا يكون محسوبا من الرمي
فيرمي بدله قوله السادس العلم بقدر الغرض اما بالمشاهدة او بالتقدير لاختلافه في السعة
والضيق وشرط في التذكرة ايضًا العلم بموضعه من الهدف وهو تراب يجمع او حايط يبنى لينصب فيه
العرض والغرض جلد او شن وهو الجلد البالي او قرطاس يدور عليه شنبر وقيل انما ينصب في الهدف
يقال له القرطاس سواء كان من كاغد او غيره وما تعلق في الهوا فهو الغرض والرقعة عظم ونحوه في وسط
الغرض وقد يجعل في الشن نقش كالهلال يقال له الداير وفي وسطها نقش يقال له الخاتم وشرط
في التذكرة شرطًا آخر وهو معرفة قدر الداير من الغرض ان شرطت الاصابة فيها قوله السابع تماثل
جنس الالة لا شخصها ولا تعيين السهم ولو عينها لم يتعين اما تماثل جنس الالة فانه معتبر في نحو السهام
والمزاريق فلا يجوز اشتراط رمي واحد بالسهام وآخر بالمزاريق ونحو ذلك واستشكل الحكم في
التذكرة واما بالنسبة الي القوس فان التماثل شرط مع اطلاق العقد علي الرمي فلو اراد احدهما الرمي
بقوس عربية والآخر بقوس عجمية لم يكن لهما ذلك ولو اشترطا ذلك في العقد جاز كذا ذكر المص في
التحرير وفي التذكرة انه ان كان هناك عرف بجنس معين من القوسين حمل الاطلاق عليه والا كانا بالخيار

فيما اتفقا

فيما اتفقا عليه من القوسين اذا كانا فيهما متساويين والا قيل لهما ان اتفقتما والا فسخ العقد بينكما
وكلامه هنا مخالف لما في التذكرة والتحرير معًا لان اطلاقه اشتراط تماثل جنس الالة وحكمه بفساد العقد
مع الاختلاف عادة كالصريح في المخالفة اما تعيين شخص الالة فقد اطلقوا على عدم اشتراطه بل لو عينه
لم يتعين وجاز الابدال ويفسد الشرط لانه قد يعرض له احوال خفية تحوج الى الابدال وفي المنع منه
تضييق لا فايدة فيه فكان كما لو عين المكتال في السلم ولا يخفى ان بين القوس والسهم وبين المكتال فرقًا
بينًا فتعلق الغرض بتشخص الالة امر واضح فانه ربما كان للقوس والسهم مدخل في الاصابة بخلاف
المكتال فانه لا غرض متعلق به بل الغرض متعلق بحصول الكيل على الوجه الصحيح قوله ولو لم يعين الجنس
انصرف الى الاغلب في العادة فان اختلف فسد اما الحمل على العادة مع استقرارها فظاهر لانه جار
مجرى التقييد لفظًا واما الفساد مع الاختلاف فلانه لولاه لادى الى التنازع والتجاذب فيفوت
غرض المسابقة قوله وفي الحيوان يعتبر تعيين الحيوان ولا يخفى ان ما ذكره من التعليل غير واضح لان
حذق الراكب وتعلمه الفروسية امر مطلوب ومدخليته في الحرب امر لا يدفع ولاختلاف الفرسان باعتبار
الفروسية في اظهار النكاية في العدو مع اتحاد الفرس امر ظاهر ثم في الجمع بين هذا وبين ما ذكره من الاشكال
في ان الوارث له الاتمام لو مات الفارس نظر فانه ان ثبت جواز ابدال الراكب مع اشتراط تعيينه وقلنا
بلزوم العقد او بجوازه وقد ظهر فضل الميت ينبغي الجزم بان للوارث الاتمام وكذا الكلام في قوله
او لا يركب الا هذا الراكب فسد الشرط وقد وقع التصريح بذلك في عبارات القوم قال في التذكرة
في مسئلة اشتراط تساوي المتسابقين في مبدا السباق فلو شرطا تقدم موقف احدهما او تقدم
غايته لم يجز لانه مناف للغرض اذ المقصود من المسابقة معرفة فروسية الفارس وجودة سير الفرس
وانما يعرف ذلك مع تساوي المبدا والمنتهى فيهما وهذا تصريح بما قلناه قوله ويصح المناضلة
على التباعد كما يصح على الاصابة فلا يعتبر شرط الاصابة وجهه ان البعد في الرمي وزيادة ذهاب
السهم امر مطلوب كالاصابة وذلك لانه يفيد في مقاتلة العدو من بعد ارهابه وكذا ايقاع السهام
في القلاع وحيث كان مقصودًا برأسه لم يشترط الاصابة والقول بجواز ذلك مقرب التذكرة

واشترط تساوي القوسين في الشدة ومراعاة خفة السهم ورزانته لان لهما تاثيرا عظيما في ذلك
واعلم ان التعليل المذكور يشعر بجواز المناضلة على التباعد الى جهة فوق للاحتياج اليه فيما اذا
اذا كان العدو في علو امكان الاصابة المشروطة المراد بامكان الاصابة كونها ممكنة بحسب العادة قوله م
متوقعا حصولها قوله لا امتناعها كما لو شرط الاصابة من خمسماية ذراع او اصابة ماية على
التوالي المراد عدم امتناعها بمجري العادة فان ذلك اشتراط الممتنع مخل بمقصود المتناضلين
من بذل المال لان الغرض المناضلة طمعا في تحصيله ومع عدم الامكان لا يتاتى ذلك وذلك كما لو
شرط الاصابة من خمسماية ذراع او اصابة ماية على التوالي قوله ولا وجوبها كاصابة الحاذق
واحدا من ماية كما لا يجوز اشتراط الممتنع عادة كذا لا يجوز اشتراط محقق الوقوع في العادة لمنافاة
الغرض من حصول الحذق في الرمي كاصابة الحاذق واحدا من ماية على هيئة الحاصل كما صرح به
في التذكرة ولا يخفى ان المتبادر من قوله امكان الاصابة المشروطة لا امتناعها ولا وجوبها انه لا يشترط
امتناع ولا الوجوب لانه في سياق الشروط والامر سهل لان المطلوب معلوم فانه لا يخفى ان المراد اشتراط
امكان الاصابة لصحة العقد فلا يصح اشتراط الممتنع ولا الواجب لانه في سياق الشروط والامر
سهل لان المطلوب معلوم فانه لا يخفى ان المراد اشتراط امكان الاصابة لصحة العقد فلا يصح اشتراط
الممتنع ولا الواجب قوله والوجه صحة الاخير لفايدة التعليم الذي يقتضيه العبارة كون الاخير
هو الواجب عادة صابة الحاذق واحدا من ماية والذي يدل عليه التعليل خلاف ذلك فان فايدة
التعليم لا يترتب على هذا ولعله يريد الاخير من الامرين الذين مثل بهما للممتنع وكيف كان فالعبارة
لا تخلو من شيء ووجه ما اختاره المص ما اشار اليه من ان الغرض فايدة التعليم ولا ريب ان التوجه
الى الاتيان بالامر الذي يندر وقوعه في العادة يكسب حذقا واستعدادا او ربما اتفق حصوله فانه
غير ممتنع بخلاف الاصابة من خمسماية ذراع وما فوقه فيحتمل العدم لاطلاق عدم الجواز وعدم حصول
الغرض منه وفي الاول قوة قوله والنادر الاقرب صحته كبعد اربعماية وجه القرب التمسك بعموم
اوفوا بالعقود وامكان تحصيل المقصود ولان غرض الحذق في الرمي يحصل بطريق اقوى لان الرامي

يجهد كمال الاجتهاد في الاصابة فيستفيد ذلك ويحتمل العدم لان هذه المعاملة انما شرعت تمرينا
على الرمي والاجتهاد فيه باشتراط المال فيها فاذا كان المشروط بعيد الحصول تومن النفوس به والاول
اقوى لان اشتراط مثل هذا ادخل في حصول الحذق وقد نقل انه ما اصاب من اربعماية ذراع الا
عقبة بن عامر الجهني ذكر المص في التذكرة قوله ولا يشترط تعيين المبدي بالرمي بل يقرع ثم لا
ينسحب في كمال الرشق التناضل يخالف التسابق فان المتسابقين بالخيل وشبهها يجريان معا
ليعرف السابق منهما اذ لا يعرف بدونه واما التناضل فلا بد فيه من الترتب حذرا من اشتباه الحال
بين المصيب والمخطي الا ان يعرف بتعليم النشاب بما يميز كل واحدة عن صاحبتها كذا قال في التذكرة
ولا يندفع به الاشتباه فان احدهما لو مرق من الغرض مثلا وقعت مع التي لم تصب اشتبه الحال فيجب
اما تعيين المبتدي بالرمي وكيفيته هل يترامياني سهما سهما او ازيد او يستخرج المبتدي
بالقرعة في كمال الرشق بل من اخرجته القرعة في كل مرة ووجه عدم اشتراط تعيين المبتدي والاكتفاء
بالقرعة ان الشارع جعلها في كل امر مشكل ولا يقال ان الاخلال بتعيين المبتدي في العقد يقتضي وقوع
في الغرر والجهالة لان الاغراض يتعلق بالبداة والرماة يتنافسون في ذلك تنافسا ظاهر الحكمة
مقصودة عند العقلاء فان المبتدي يجد الغرض خاليا من الخلل وهو على ابتداء النشاط فيكون اصابته
اقرب لانا نقول هذا اذا لم يكن الى التعيين طريق اما بتعه فلا حسبان تعيين المبتدي ليس من الملور
المعدودة من اركان العقد كعدد الاصابة فيكتفى فيه بالقرعة وينبغي ان يقيد قول المص ثم لا ينسحب في
كمال الرشق بما اذا اخرجت القرعة المبتدي في كل رشق ولا الحكم الانسحاب وقد ذكر المص في التذكرة
احتمالا بل ذكر احتمالين اذا اخلا بتعيين المبتدي احدهما البطلان والاخر الاكتفاء بالقرعة ولم
يرجح واحدا منهما قوله ولا ذكر المبادرة ولا المحاطة اي لا يشترط في صحة العقد ان يذكر كون
الاصابة مبادرة او محاطة وقد سبق تفسيرهما عملا باصالة عدم الاشتراط وانتفاء الدليل الدال عليه
ولا جهالة لان الاطلاق منزل على احدهما وهذا احد القولين والاخر اشتراط تعيين احدهما حذرا
من التنازع والتجارب فان الاغراض تختلف باعتبارهما اختلافا ظاهرا فانه ربما كان الرامي باعتبار

المبادرة ناضلا ثم يصير بمقتضى المحاطة منضولا وبالعكس لاصح الاول فحينئذ ينزل الاطلاق لعقد على المحاط
ام المبادرة قيل بالثاني لان المتبادر من اشتراط السبق لمن اصاب عددا معينا استحقاقه اياه متى ثبت
له ذلك الوصف ولان الغالب في المناضلة هو المبادرة وقيل بالاول وهو الاصح لان اشتراط السبق انما
يكون لاصابة معينة من اصل العدد المشترط في العقد وذلك يقتضي اكمال العدد لتكون الاصابة المعينة
منه فانهما اذا عقدا على ان من اصاب خمسة من عشرين كان له كذا كان مقتضاه رمي كل منهما العشرين
والا لم يتحقق كون الخمسة التي حصلت الاصابة بها من العشرين وذلك هو معنى المحاطة اذ المراد بها حصول
اصابة الخمسة من رمي العشرين لواحد والى هذا اشار المص بقوله ولا يحمل المطلق على المبادرة لانه اذا لم يشترط
التعيين ولم يحمل المطلق على المبادرة تعين ان يحمل على المحاطة لانتفاء قسم ثالث قوله المطلب
الثاني في الاحكام اقسام المناضلة ثلثة اراد بالاقسام الثلاثة المبادرة والمفاضلة والمحاطة
وفي عد الاقسام ثلثة نظر لان المفاضلة هي المحاطة وليس ثم الا الاختلاف في التسمية فانه لابد من كل
منهما من مقابلة الاصابات وخلوص القدر المشترط اصابته لاحدهما مع اكمال ما لا ينفي الفائدة
مع اكماله على ما سياتي بيانه انشاء الله تعالى وقد صرح المص بنحو ذلك في التحرير فانه قال ولو قالا
اينا فضل صاحبه بثلث من عشرين فهو سابق فهو محاطة ويسمى ايضا مفاضلة وفي التذكرة لم يذكر المفاضلة
مع المحاطة والمبادرة نعم حكي عن بعضهم ان الاقسام ثلثة المبادرة والمحاطة والحوابي وهي ان يرميا
على ان يسقط الاقرب والاشد الابعد وكيف كان فكلامه هنا لا يخلو من شيء قوله المبادرة مثل
من سبق الى اصابة خمس من عشرين الى قوله بدون العاشر اشار بقوله مثل الى بيان ضعفه المبادرة في
ذكر صورة انها ومتى استويا في الرشق مع تحقق الاصابة لم يجب الاكمال سواء اصاب احدهما او كلاهما او لا
وجب قوله ولو اصاب عشرة من ثلثة عشر اي لو اصاب احدهما عشرا او اخطا الاخر
الجميع وقد رميا اثنى عشر قوله فان اصابها الثاني خاصة لزمها الرابعة عشر وهكذا لانه اذا انفرد
الثاني باصابتها رجي له ان لا يفضله الاول لامكان اصابة السبع الباقية فاذا رميا الرابعة فاصاباها
او اخطاها او اصابها الاول خاصة فلا اكمال لانتفاء الفائدة فان الاول قد فضل وان اصابها الثاني

بان القبض انما يجب لذي اليد ما لم يقصده لغيره ممن له ولاية عليه ونحوه قوله وفي اشتراط فوريته اشكال
ينشا من انه ركن في العقد فجرى مجرى القبول خصوصا على القول بعدم اشتراط القبول ومن اصالة عدم
الاشتراط وانتفاء دليل يدل عليه بل رواية عبيد بن زرارة دالة على عدم الاشتراط حيث علق فيه البطلان
لعدم القبض الى ان يموت فان مقتضاه الاكتفاء به قبل الموت متى حصل والاصح عدم الاشتراط قوله
وانما يشترط القبض في البطن الاول لتحقق اللزوم بقبضه قطعا فلو شرط قبض البطن الثاني لا ينقلب جايزا
وهو معلوم البطلان قوله ولو كان الوقف على الفقراء فلابد من نصب قيم يقبض الوقف المراد
بنصب القيم من قبل الحاكم جاز قطعا لانه نايب عن الموقوف عليهم ومقتضى قوله فلابد انحصار الوقف
في الحاكم فلو قبض احد الفقراء لم يصح ويدل عليه ان الوقف هنا انما هو على الجهة لان الواقف ينظر
الى جهة الفقر والمسكنة ويقصد سد خلة موصوف بهذه الصفة ولا يقصد شخصا بعينه ومن ثم تنقل
الوقف في نحو ذلك الى الله تع قوله ولو كان على مصلحة فولى القبض الناظر فيها اي على مصلحة من
مصالح المسلمين كقنطرة وانما يتولى الناظر فيها القبض لانه مقدم على الحاكم نعم لو لم يكن لها ناظر خاص
كان القبض الى الحاكم قوله ولو وقف مسجدا او مقبرة لزم اذا صلي فيه واحد او دفن صلوة صحيحة
للاقباض الجار والمجرور تنازعه كل من صلي ودفن والمراد انه يحصل لزوم وقف البقعة مسجدا
او مقبرة بصلوة واحد صلوة صحيحة للاقباض او دفن ميت لذلك فلو صلى قبل العلم بالوقف او بعد
قبل الاذن في الصلوة او بعدهما لا قبضا للاقباض اما للذهول او غير ذلك لم يلزم وكذا القول
في الدفن فان قيل على ما ذكرت يلزم اشتراط النية في القبض قلنا لا يلزم ذلك في مطلق القبض
وانما يشترط ذلك هنا لان مطلق قبض المصلي غير كاف لانه اذا تجرد عن القصد المقتضي عن تعيين كون
القبض لجهة الوقف لم يتصرف اليها لان القبض مع عدم القصد الصارف انما هو بحسب الاضافة
الى القابض لا لغيره والمطلوب هنا صرفه الى الجهة فاحتيج الى القصد ولا كذلك لو وقف واقف على زيد
والعين مقبوضة في يده او وهب منه كذلك او رهن عنده كذلك ايضا لان القبض محسوب له فلا حاجة الى
القصد بعينه نعم لو كان القابض وكيلا في قبول الوقف والرهن او الهبة مثلا فلابد من قصد القبض عن الغير

لكن يرد عليه ان الاقباض فعل الواقف لا فعل المصلي ويمكن الحمل علي ذلك والمعني صحيح لان المراد اذا صلي
واحد لاقباض الواقف اياه اي اذا اوقع الصلوة لان الواقف قد اذن له في القبض فان اقباضه هو اذنه
فيه وحمله عليه وح فيكون الصلوة مقصودًا بها القبض ومأذونًا فيها لاجله من الواقف فتحقق به
اللزوم لانك قد عرفت انه لا بد من القبض بعد الاقباض فلا يعتد به من دونه وهذا الذي ذكره المص يدل
علي ان المقبوض بيد الولي اذا وقفه مالكه علي الطفل ولو يعلم الولي اعلم وذهل عن قصد كون القبض للطفل
لان القبض محسوب للواقف فما لم يحصل قصد يقتضي صرفه الي الطفل لم ينصرف اليه وكذا القول في الوكيل
قوله والاقرب ان قبض الحاكم كذلك اي الاقرب ان قبض الحاكم للمسجد والمقبرة بالتخلية المعتبرة
في نظايرهما مثل الصلوة والدفن للاقباض ووجه القرب انه نايب المسلمين وهو في الحقيقة وقف عليهم
ولان الوالي للمصالح العامة هو فيعتبر قبضه ويحتمل العدم لعدم النص ولم يذكر الا الاول وضعفه ظاهر
والاصح الاكتفا به قوله ولو وقف علي نفسه بطل لانه لا بد من اخراج الوقف عن ملكه فلا يعقل
وقفه علي نفسه قوله ولو وقف علي نفسه ثم علي غيره فهو منقطع الاول ه حيث ان العطف بثم المقتضية
للترتيب وقد سبق في كلام المص التردد فيه واخترنا نحن البطلان قوله ولو عطف بالواو فالاقرب
اختصاص الغير بالنصف وبطلان النصف في حقه ه وجه القرب ان العطف يقتضي التساوي والتشريك
بين المعطوف والمعطوف عليه فيكون قد وقف علي كل منهما النصف وحيث بطل الوقف في احدهما
كان ذلك النصف باقيًا علي ملك المالك ويحتمل ان يكون الكل للغير لان الموقوف بالنسبة الي كل من
المعطوف والمعطوف عليه هو المجموع من حيث هو مجموع والحكم بالتنصيف انما نشا من امتناع كون
المجموع وقفا علي كل منهما فاذا امتنع الوقف علي احدهما انصرف وقف المجموع الي الآخر وفيه نظر لانه
انما وقف عليهما وان كان وقف المجموع علي كل منهما لان مقتضي هذه الصيغة التنصيف لان مقتضاها
ان يكون لكل منهما حصة في الوقف فاذا بطل بالنسبة الي احدهما لم يجز صرف الموقوف كله الي الآخر
لانه خلاف مدلول الصيغة وخلاف مراد الواقف والعقود تابعة المقصود فان قيل هذا الوقف منقطع
الاول لان الموقوف عليه هو المجموع وقد بطل الوقف بالنسبة الي البعض فيبطل بالنسبة الي المجموع لان انتفاء

الجزء يقتضي انتفاء الكل قلنا ليس كذلك لان المراد بمنقطع الاول من ليس في الطبقة الاولي من يصح الوقف
عليه كما لو وقف علي نفسه ثم علي الفقراء وهنا ليس كذلك لان الطبقة الاولي هو نفسه والغير فاذا بطل
في البعض بقي بعض الطبقة الاولي نعم يرد عليه انتفاء الموقوف عليه بانتفاء بعضه وجوابه اولًا انا
لا نسلم ان الموقوف عليه المجموع من حيث المجموعية بل كل منهما قوله وثانيًا بان الوقف تبرع وليس معاوضة
فاذا اخرج الواقف عن نفسه امرين فبطل اخراج احدهما لا يجب بطلان الآخر بل يجب ان يصح بطريق
اولي لان من رضي باخراج قدر من ماله بغير عوض فهو راض باخراج ما دونه بطريق اولي بخلاف المعاوضات
فان الاغراض تتعلق بمقابلة المجموع بالمجموع لانها مبنية علي ذلك فلا يلزم من الرضا بالمعاوضة علي
المجموع الرضا بالمعاوضة علي البعض ومثله ما لو اقر بامرين او التحضين فبطل في احدهما او اعتق عبدين فبطل
في احدهما فانه في الآخر نافذ والاصح ما قربه المص اعلم انه لو وقفه علي اولاده وعقبهم ثم علي الفقراء او لا
عقب فليس منقطع الوسط وكذا لو كان موضع العقب العبد بخلاف ما لو عطف بثم قوله ولو شرط
قضاء ديونه او ادرار مؤنته او الانتفاع به بطل الوقف لان الشرط ينافي مقتضاه فانه لا بد من اخراجه
عن نفسه بحيث لا يبقي له استحقاق فيه لان الوقف يقتضي نقل الملك والمنافع عن نفسه فاذا شرط قضاء
ديونه او ادرار مؤنته او نحو ذلك فقد شرط ما ينافي مقتضاه فيبطل الشرط والوقف معًا قوله بخلاف
ما لو وقف علي الفقهاء وهو منهم او علي الفقراء فصار فقيرًا فانه يشارك والفرق ان ذلك ليس وقفا
علي نفسه ولا علي جماعة منهم فان الوقف علي الفقهاء ليس وقفا علي الاشخاص المتصفين بهذا الوصف
بل علي هذه الجهة المخصوصة ولهذا لا يشترط قبولهم ولا قبول بعضهم وان امكن بل ولا يعتد به ولذا القبض
ولا ينتقل الملك اليهم ولا يجب صرف نماء الوقف الي جميعهم وانما ينتقل الملك في مثل ذلك الي الله سبحانه
ويكون الوقف علي الجهة مرجعه الي تعيين المصرف وكذا نقول في جميع الوقوف العامة كما لو وقف مسجدًا
فان له ان يصلي فيه او بيرًا فان له ان يشرب منها ونحو ذلك ولا فرق في الصحة بين ان يكون في وقت الوقف
متصفا بالصفة التي هي مناط الوقف كما لو كان فقيهًا حين الوقف علي الفقهاء اولا كما لو وقف علي الفقراء
ثم افتقر ومنع ابن ادريس من انتفاع الواقف بالوقف في مثل ذلك لخروجه عنه فلا يعود اليه وامتناع وقفه علي

نفسه وهو ضعيف لما بيناه ويوجد في حواشي شيخنا الشهيد انه يبارك ما لم يقصد منع نفسه او ادخالها
وهو حسن فاذا قصد ادخال نفسه فقد وقف على نفسه فلا يصح الوقف من راس واذا قصد منع نفسه فان
تخصيص العام بالنية جائز وكذا تقييد المطلق فيجب اتباع ما شرط لحديث العسكري عم قوله ولو شرط
عوده اليه عند الحاجة صح الشرط وصار حبسا وبطل وقفا بل يرجع اليه مع الحاجة ويورث اذا شرط في
الوقف عوده اليه عند الحاجة طلقا ففي صحة الشرط والعقد وبطلانهما وصحة الشرط على ان يكون حبسا
ويبطل كونه وقفا ثلثة اقوال للاصحاب الاول صحتهما فان حصلت الحاجة رجع صح الرجوع وعاد ملكا
وان لم يرجع حتى مات كان وقفا نافذا وهو مختار السيد المرتضى في ظاهر كلامه وصريح كلام المص في
المختلف عملا بمقتضى العقد الثاني بطلانهما وهو مختار الشيخ وابن ادريس لان هذا الشرط خلاف مقتضى
الوقف لان الوقف اذا تم لم تعد الى المالك على حال فيكون فاسدا ويفسد به العقد الثالث صحة الشرط
على ان يكون حبسا لا وقفا واختاره المص هنا وفي التذكرة والتحرير لما بينهما من الاشتراك ولما رواه اسماعيل
ابن الفضل عن الصادق عم في الرجل يتصدق ببعض ماله في حيوته من كل وجه من وجوه الخير قال ان احتجت
الى شيء من المال فانا احق به ترى في ذلك وقد جعله الله يكون له في حيوته فاذا هلك الرجل يرجع ميراثا
او يمضي صدقة قال يرجع ميراثا على اهله والمراد بالصدقة في الرواية الوقف بدليل ابقائها فيكون دليلا على
الصحة وحيث علم ان الوقف لا بد فيه من التابيد فلا يكون ذلك الا حبسا فلا يخرج عن ملك المالك
بل يورث عنه بعد موته نعم هنا اشكال وهو انه قد جعل نهاية الحبس حصول الحاجة فاذا مات قبل حصولها
ورجوعه وجب ان يبقى الحبس على ما كان وجوابه ان الحاجة يتحقق بالموت فان الميت فقير وايضا فان الحبس
لا بد ان يكون له نهاية وحيث لم يكن له نهاية في هذه الصورة جعل موته النهاية لانه محل انتقال الملك الى
الوارث ولا دليل على بقاء الحبس بعد الموت والرواية نص في ذلك ولا يخفى ان القول الاول مبني
على ان الوقف لا يشترط فيه التابيد والاصح هو الثالث واعلم ان قول المص ويورث المراد به انه يورث
بموته وان لم يرجع فيه قبل الموت لانه باق على ملكه على القول بانه حبس واعلم ايضا ان المراد بالحاجة
هو الفقر نظرا الى المتعارف بين اهل الشرع اذ لا شك في ان مستحق الزكوة محتاج شرعا وعرفا قوله ولو شرط

الخيار في الرجوع عنه بطل الشرط والوقف لان ثبوت الخيار مناف لمقتضى الوقف المبني على اللزوم التام
الذي لا يقبل الفسخ بحال فان قيل اشتراط عوده عند الحاجة ايضا مناف فلم جوزتموه قلنا هو مناف
للوقف لا للحبس ولهذا حكمنا بصحته حبسا فان قيل لم لا يصح هذا حبسا قلنا لان الحبس لازم الى امد
ومشروط الخيار ليس كذلك فلا يكون وقفا ولا حبسا قوله ويجب اتباع كل شرط لا ينافي مقتضى
العقد لعموم قوله تع اوفوا بالعقود وعموم قوله عم المسلمون عند شروطهم قوله ولو شرط اخراج
من يريد بطل وذلك لان بناء الوقف على اللزوم فاذا شرط اخراج من يريد من الموقوف عليهم كان
منافيا لمقتضى الوقف اذ هو بمنزلة الخيار قوله ولو شرط ادخال من يولد او من يريد مع الموقوف عليهم جاز
سواء كان الوقف على اولاده او غيرهم لا ريب انه لو وقف وشرط دخول من سيولد من اولاده وغيرهم في الوقف
صح تبعا للموجودين اما لو شرط ادخال من يولد او من يريد مع الموقوف عليهم فانه يصح عند المص لانه
شرط لا ينافي مقتضى الوقف لانه يصح اشتراط دخولهم فيصح اشتراط ادخاله اياهم سواء كان الوقف على
اولاده الاصاغر او غيرهم بخلاف ما اذا اطلق ولم يشترط ذلك الا على قول من جوز ذلك اذا كان الوقف
على اولاده الاصاغر على ما سياتي عن قريب ان شاء الله تع ويظهر من عبارة الدروس ان اشتراط ذلك في العقد
يقتضي البطلان وهو بعيد لعدم المنافات وعموم قوله عم الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها ولاصالة
الصحة فان قيل هذا ايضا مناف للوقف من حيث ان ادخال من سيوجد يقتضي نقصان حصة الموقوف
عليهم فيكون ابطالا للوقف في ذلك البعض بالنسبة اليهم قلنا اولا ان العقد لما تضمن هذا الشرط لم
يكن لهم حق الا معه فلم يستحقوا شيئا بطل بالشرط وثانيا ان الوقف يجب لزومه في حق الموقوف عليهم في الجملة
اما في قدر النصيب فلا قطعا لانه لو وقف عليهم وعلى عقبهم لكان نصيب الموقوف بعد حصول العقب انقص
قطعا قوله ولو شرط نقله عن الموقوف عليهم الى من سيوجد بطل على اشكال ينشا من ان وضع الوقف
على اللزوم فاذا شرط نقله فقد شرط خلاف مقتضيه فيبطل الشرط والعقد ومن عموم الرواية عن العسكري
عليه السلام وانه يجوز الوقف على اولاده سنة ثم على المساكين وادعى المص في التذكرة على صحته الاجماع وذلك
يقتضي منع منافاة الشرط لمقتضى الوقف ولانه يصح الوقف باعتبار صفة للموقوف عليهم كالوقف على اولاده الفقراء

فاذا زال التا انتقل الوقف الي من بعدهم قطعًا وذهب الشيخ الي البطلان بذلك متدعيًا للاجماع وهو الاصح
ويمكن الفرق بين ماهنا وبين اناطة الوقف بصفة في الموقوف عليهم مثل فقراء اولاده او فقهائهم بان الوقف
في الثاني لم يكن علي الاولاد بل علي الفقراء منهم فاذا زال الفقر انتفي الموقوف عليهم فكان ذلك جاريًا
مجري موتهم وعدمهم بخلاف ما اذا اثبت الوقف لهم وشرط نقله عنهم باختياره فان ذلك ابطال
الوقف باختياره قوله وكذا الاشكال لو قال علي اصاغر اولادي سنة ثم علي الفقراء مثل الاشكال
هنا قريب من الذي قبله فان ثبوت الملك للاولاد بالوقف يقتضي ان لاينتقل عنهم الا بسبب ناقل شرعًا
فهذا الشرط مناف لمقتضي الوقف فيبطل من انه وقف موبد متصل الابتداء والانتهاء والوسط
وادعى المص في التذكرة علي صحة هذا الوقف الاجماع وافتي بذلك في كتبه فلا سبيل الي القول بالبطلان
لان الاجماع المنقول بخبر الواحد حجة قال وكذا لو قال هذا وقف علي ولدي مدة حياتي ثم هو بعد موتي
للمساكين صح اجماعًا واعلم ان بين هذه المسئلة والتي قبلها فرقا من حيث انه في تلك شرط نقله عن الموقوف
عليهم الي من سيوجد وفي هذه وقفه علي اولاده سنة ثم بعد مضيها هو وقف علي المساكين فينتقل اليهم
من غير ان ينقله هو قوله ولو وقف علي اصاغر اولاده لم يجز له ان يشارك غيرهم مع الاطلاق علي
راي ه ذهب الشيخ في النهاية الي جواز ذلك وكذا ابن البراج لكنه منع من ذلك اذا كان قد شرط قصره
علي الموجودين محتجين برواية عبد الله ابن الحجاج عن الصادق ع في الرجل يجعل لولده شيئا وهم صغار
ثم يبدو له يجعل معهم غيرهم من ولده قال لا باس و قريب منها رواية محمد بن سهل عن ابيه عن ابي الحسن ع
عن الرجل يصدق علي بعض اولاده للحديث ولا دلالة فيهما علي ان ذلك وقع علي سبيل الوقف لان الجعل
والصدقة اعم منه بل ربما لم يكن السبب مقتضيا للزوم والاصح عدم الجواز وفاقا لباقي الاصحاب وقوفا
مع ظاهر النصوص قوله ويجوز ان يشترط النظر لنفسه وللموقوف عليه وللاجنبي لا ريب ان كل شرط لا
ينافي مقتضي الوقف يجوز اشتراطه في العقد ويجب الوفاء به ح ولا شبهة في ان اشتراط النظر للواقف لا
ينافي الوقف بل ربما كان ادخل في جريانه علي جهة الوقف وكذا غيره وعموم الكتاب والسنة يقتضي وجوب
العمل بهذا الشرط نعم لو لم يكن الاشتراط في متن العقد لم يعتد به ومنع ابن ادريس مع جواز اشتراط الواقف النظر

لنفسه

لنفسه وهو ضعيف قوله فان لم يعين كان الي الموقوف عليه ان قلنا بالانتقال منه ه سياتي ان شاء الله
بيان انتقال الوقف الي ملك الموقوف عليه ان كان معينا والي الله سبحانه ان كان غير معين فح ان لم يعين
الواقف من اليه النظر كان النظر الي الموقوف عليه لانه المالك حقيقة وان قلنا بانتقال الملك الي
الله سبحانه فالنظر الي الحاكم وان قلنا ببقاء الملك للواقف فالنظر له واحتمل بعضهم كون النظر له مع
عدم اشتراطه لغيره وان قلنا بانتقال الملك عنه نظرا الي ان الملك والنظر كانا له فاذا زال احدهما بقي
الاخر قوله لو شرط بيعه متي شاء او هبته او الرجوع فيه بطل الوقف ه لمنافاة ذلك كله مقتضي الوقف
والفرق بين هذه وبين اشتراط الخيار في الرجوع عنه تامل ذكرناه قوله ولو شرط اكل اهله منه صح الشرط
لانه شرط لا ينافي مقتضي الوقف فلا يبطله ولان النبي ص شرطه وشرطته فاطمة عليها السلم ولا فرق بين كون
الاهل واجبي النفقة وعدمه فيسقط نفقتهم بذلك ان استغنوا الا الزوجة فان نفقتها كالدين بخلاف نفقة
القريب فانها لدفع حاجته وتوقف في المدروس في جواز اشتراط الاكل للزوجة ويظهر منه التردد في
بقاء نفقتها معه وليس بجيد لان نفقتها ليست تابعة لفقرها حتي لو شرط نفقتها الواجبة عليه من الوقف
بطل قطعا كما لو شرط نفقة نفسه فلا وجه لما ذكره ولم يتعرضوا لتفسير الاهل هاهنا

قوله المطلب الثاني في المتعاقدين اما الواقف فيشترط فيه البلوغ والعقل
وجواز التصرف فلا يصح وقف الصبي وان بلغ عشرا ه قد ورد في عدة الاخبار جواز صدقته اذا بلغ عشرا
وذلك يؤذن بجواز وقفه اذ الوقف صدقة والاصح عدم الجواز لان عبارته لا يعتد بها لرفع القلم عنه
والحجر عليه في التصرف المالي ثابت ومثل هذه الاخبار لا ينهض معارضا للمتواتر قوله ولا المكره لانك
في عدم وقوعه من المكره لعدم القصد لكن لو رضي بعد فعله ينفذ لم يصرحوا بشيء هنا وانما ذكر في البيع
ويجيء علي اشتراط القربة عدم النفوذ لانتفاء الشرط وقصدها بعد قد يتخيل كونه غير مؤثر ويتحقق الاكراه
بالخوف علي النفس او المال وان قل والعرض ان كان من اهل الاحتشام قوله ولا المحجور عليه لسفه
او فلس ذكر الشهيد انه اذا اجاز الغرماء يصح وعلي هذا فاذا اجاز الولي وقف السفيه صح مع المصلحة
لصحة عبارته قوله ولا الفضولي سياتي في كلامه ان الاقرب لزومه مع الاجازة فيكون رجوعا عن هذا

الا ان يحمل علي ان المراد عدم صحته بنفسه من دون الاجازة قوله ويصح وقوعه من المالك ووكيله انما صح التوكيل
فيه لانه فعل لم يتعلق غرض الشارع بايقاعه من مباشر معين قوله ولو وقف في مرض الموت خرج من الثلث
مع عدم الاجازة لان الوقف من التبرعات اللهم ان ينجزه في حال الصحة قوله وكذا لو جمع بينه وبين غيره
اي تخرج مع ذلك الغير من الثلث اذا كان تبرعا بان لم يكن واجبا ماليا قوله ويبدا بالاول فالاول اي
لو ضاق الثلث عن التبرعات ورتب بينها بدا بالاول ثم الذي يليه فيختص البطلان بما ضاق عنه الثلث
مما وقع آخرا ولو نسي الاول احتمل التوزيع والقرعة والثاني قريب قوله ولو قال هو وقف بعد موتي احتمل
البطلان والحكم بصرفها الى الوصية بالوقف لا ريب انه لا يراد بهذه الصيغة الخبر قطعا فبقي ان يراد بها
الانشاء وهي بنفسها انما تدل مطابقة علي انشاء الوقف بعد الموت بهذه الصيغة المأتي بها الان وذلك
يقتضي البطلان لا محالة لكون الصيغة سببا تاما في حصول الوقف بل يكون لحصول الموت دخل في ذلك
وذلك معني التعليق فيكون باطلا لان العقود انما يصح اذا كانت سببا تاما في انشاء ما يطلب بها والا
لم يترتب عليها اثرها وذلك هو معني البطلان ولا دلالة لها علي الوصية الا بتكلف تقدير ما لا يدل عليه اللفظ
ولا يدل عليه دليل بان ينزل علي ان المراد اريد جعله وقفا بعد الموت وارتكاب مثل ذلك تعسف محض
واجراء الاحكام الشرعية علي امثال هذه الالفاظ التي لا دلالة لها علي المراد من الامور المستبعدة جدا
فقد سبق انه لو قال قابل الاخر اقبض ديني الذي علي فلان لك لم يصح وان كان المامور به دين عند الامر
وقد سبق في الوكالة انه لو قال اشتر لي بمالك كذا لم يصح مع ان المراد معلوم والتقدير ممكن والاحتجاج
بان ذلك مستعمل في الوصية كثيرا وبان الاصل الصحة ولا يتحقق الا بالحمل ضعيف لمنع الاستعمال المدعي
والتزام عدم تاثيره ما لم يصر معني للفظ حقيقة او مجازا واصالة الصحة في الصيغة المذكورة لا يقتضي حملها
وصية ما لم ينضم اليها ما يدل علي ذلك وفي حواشي الشهيد ان هذا اذا لم يعلم القصد فان علم فلا بحث وفيه
نظر لان مجرد القصد لا تاثير له ما لم يوجد اللفظ الدال عليه في الوصية واشهر لم يعد القول بصحته وصية
قوله اما الموقوف عليه فيشترط فيه امور اربعة الاول الوجود والتعيين وصحة الملك وتسويغ الملك عليه
فلو وقف علي المعدوم ابتداء او علي الحمل كذلك لم يصح المراد بقوله كذلك كونه ابتداء والمراد بكونه ابتداء ان يكون

هو الطبقة

هو الطبقة الاولي فاما المعدوم فظاهر واما الحمل فلانه لم يثبت تملكه الا في الوصية ولعدم القطع بحيوته والفرق
بين الوصية والوقف ان الوصية يتعلق بالمستقبل والوقف تسليط في الحال واحترز بقوله ابتداء عما لو وقف
علي المعدوم او الحمل تبعا لغيره فانه يصح كما لو وقف علي اولاده ومن سيولد له او وجد من يصح الوقف به وقد
صرح بهذا المحترز بقوله ولو وقف عليهما تبعا للموجود صح قوله ولو وقف علي احد الشخصين او احد
القبيلتين او علي رجل غير معين او امراة بطل اي امراة غير معينة ووجه البطلان انتفاء الموقوف عليه
لان ما ليس بمعين في نفسه ليس بموجود ولان الوقف يقتضي التمليك ولا يعقل تمليك من ليس معينا قوله
ولو وقف علي قبيلة عظيمة كقريش وبني تميم صح اسند القول بالصحة في التذكرة الي علمائنا فظاهره الاجماع
علي ذلك ووجه الصحة ظاهر فان انتشار القبيلة لا يمنع صحة الوقف علي الفقراء والمساكين فانه يصح اتفاقا
وقال ابن حمزة من اصحابنا والشافعي لا يصح الوقف علي من لا يمكن استيعابهم وحصرهم وهم منقوض
بالوقف علي الفقراء ولو وقف علي اهل بلد كبغداد او اهل قطر كالعراق او علي كافة بني ادم صح عندنا
قوله ولو قال وقفت وهذه صدقة موقوفة ولم يذكر المصرف بطل لان الموقوف عليه احد اركان
العقد وقد اخل به ولا يحمل ذلك علي ارادة العموم الوقف لانتفاء ما يدل علي ذلك وقال ابن الجنيد اذا
قال صدقة لله ولم يسم صرف في مستحقي الزكوة وهو ضعيف قوله ولو وقف علي المسلمين فهو لمن صلي
الي القبلة اي لمن دان بذلك وكان شانه باعتبار معتقده ان يفعله وهذا هو مذهب اكثر الاصحاب
الاصحاب نظرا الي عموم اللفظ ويندرج في المسلمين من كان يحكم من اطفالهم ومجانينهم صرح به
ابن حمزة والمص في المختلف لانه اجمع فيهم باعتبار الاستعمال الشايع ودخولهم تبعا كما يدخل الاناث
في صيغة الذكور وقال ابن ادريس انه اذا وقف المسلم المحق شيئا علي المسلمين كان ذلك للمحقين من المسلمين
لدلالة فحوي الخطاب وشاهد الحال عليه كما لو وقف الكافر وقفا علي الفقراء كان ذلك ماضيا في فقراء اهل
نحلته خاصة لشهادة دلالة الحال عليه ويضعف بان تخصيص عام لا يقتضي تخصيص عام اخر وبان ادعاء
من دلالة فحوي الخطاب وشاهد الحال علي ذلك ممنوع والفرق بين المسلمين والفقراء قايم فان ارادة
الوقف علي جميع الفقراء علي اختلاف افرادهم ومقالاتهم وتباين معتقداتهم امر يشهد العادات بنفيه ظلما

لم يكن دليل على التخصيص تمكنا بقرينة النخلة والدين فاما الوقف على جميع المسلمين فانا امر راجح في الشارع مطلوب
ومثله واقع كثير فيجب اجراوه على ظاهره قوله ونحوهم الخوارج والغلاة اي يخرجون من الوقف فلا يكون الاطلاق
الوقف على المسلمين متناولا لهم لانهم كفار ولا وجه لتخصيصهم بالذكر بل كان من ارتكب ما يقتضي كفره
لا يندرج فيهم ولا يخفى ان العبارة لا يتناول الجمع واستثني في الدروس من حرمانهم ما اذا كان الواقف
منهم وفيه قوة قوله ولو وقف على المؤمنين فهو للاثنى عشرية وقيل المجتنبي الكباير اطلاق المؤمنين
على الاثني عشرية هو المتعارف بين الاصحاب والقائل باشتراط مجانبة الكباير هو الشيخ في النهاية وهو ضعيف
لان الفاسق مندرج في المؤمنين قال المصنف في المختلف التحقيق انا الايمان ان جعلناه مركبا من الاعتقاد
القلبي والعمل بالجوارح لم يكن الفاسق مومنا وان جعلناه عبارة عن الاول كان مومنا والحاصل ان قول
الشيخ ضعيف وعنه قول آخر في التبيان يقتضي دخول الفساق حكاه في التذكرة وهو الصحيح قوله والشيعة
كل من قدم عليا عم كالامامية والجارودية من الزيدية والكيسانية وغيرهم انما قيد بالجارودية من الزيدية
ليخرج البترية منهم وقد صرح بذلك الشيخان وغيرهما والبترية ينسبون الى المغيرة ابن سعد ولقبه الابتر وربما
وجد بخط بعضهم انهم تبريا العوفي فقال ابن ادريس اذا كان الواقف من احدى فرق الشيعة حمل كلامه العام
على شاهد حاله وفحوى قوله وخصص به وصرف الى اهل نحلته دون من عداهم ونفى عنه الباس في التذكرة
والمشهور الاول وينبغي ان يقال ان كان الواقف يعتقد وقوع اسم الشيعة على الجميع كما هو المتعارف فالعمل
بعموم اللفظ كما في المسلمين هو المختار والاحمل اللفظ على مراد قايله واعلم ان الكيسانية ينسبون الى كيسان
مولى امير المؤمنين علي عم ويقال انه تلميذ محمد بن الحنفية يقولون بعده محمد رض وانما استثنى الاصحاب البترية
من الزيدية لانهم يخالفون قول اكثر الباقين في ان الامامة لعلي عم بالنص بل قالوا انها شورى وجوزوا
تقديم المفضول وقريب منهم السليمانية قوله والزيدية كل من قال بامامة زيد ابن علي هو علي ابن الحسين
عليهما السلم ويقولون بامامة كل من خرج بالسيف بعده من ولد فاطمة عم من ذوي الراي والعلم والصلاح فاذا
وقف عليهم صح واستحقه اهل هذه المقالة عند الاكثر والاصحاب وشرط ابن ادريس في صحته كون الواقف زيديا
فلو كان اماميا لم يصح عنده وهو ضعيف قوله واذا وقف على قبيلة او على بالنسبة الى اب دخل فيهم الذكور والاناث

بالسوية

بالسوية الا ان يعين ويفضل الوقف على القبيلة مثل الوقف على همدان ونحله وتعليق الوقف بالنسبة الى اب
مثل الوقف على الهاشمي والعلوي والحسيني وانما دخل فيه الذكور والاناث لانه يتناول كلا منهما لان المراد
من كان هاشميا ولفظ الذكور يتناول الاناث تغليبا ويكون سواء لاستواء الاطلاق بالنسبة اليهم نعم لو
عين الوقف لاحدهم تعين وكذا لو فضل احدهما على الآخر وجب اتباعه عملا بالشرط قوله ويعطى من
انتسب بالاب دون الام خاصة كالعلوية فانه يندرج تحته كل من انتسب الى علي عم من جهة الاب ولا يعطى من انتسب
اليه بالام خاصة على راي لان ولد البنت لا ينسب الى ابيها عند اكثر الاصحاب وقد سبق تحقيق المسئلة في الخمس
والمخالف في الموضعين واحد والاصح ما عليه الاكثر قوله ولو وقف على الجيران فهو لكل من يصدق عليه
عرفا انه جار وقيل لمن يلي داره اربعين ذراعا من كل جانب وقيل اربعين دارا الاول مختار المص وجماعة من الاصحاب
وهو الاصح لان الحقيقة العرفية هي المرجع عند انتفاء الشرعية والثاني قول اكثر الاصحاب وهو المشهور بينهم
وان كانت عبارة ابن البراج يودي ما ليس مرادا لهم ذكرها المص في المختلف وبين ما فيها والثالث قول البعض
لرواية عايشة عن النبي صلعم انه سئل عن حد الجوار فقال الى اربعين دارا قوله ولو وقف على من لا يملك بطل
كالمملوك القن ولا ينصرف الوقف الى مولاه الحي في قوله ولو وقف على من لا يملك ايماء الى علة عدم صحة
الوقف على العبد وتحقيقه ان الوقف تمليك عين او منفعة واصح القولين عندنا امتناع ملكية العبد
وتحي على العبد بصحة تملكه جواز الوقف عليه وعلى المنع لو وقف على عبد غيره بطل وفي احد قولي الشافعي
انه يكون وقفا على سيده ولا فرق في ذلك بين القن وام الولد والمدبر قوله ولا الميت ولا الجن ولا
الشياطين لعدم صلاحيتهم للتملك قوله ولا المكاتب ولو عتق بعضه صح فيما قابل الحرية لا ريب ان المكاتب
رق وان انقطعت سلطنة المولى عنه فلا يصح الوقف عليه سواء كان مطلقا او مشروطا نعم لو تحرر من المطلق
شيء باداء بعض مال الكتابة صح الوقف في نصيب الحرية قوله فلو وقف على المصالح كالقناطر والمساجد
والمشاهد صح لانه في الحقيقة وقف على المسلمين لكن هو صرف الى بعض مصالحهم ه لما كان الوقف على المصالح
والقرب في الحقيقة وقفا على المسلمين لانهم المنتفعون به لم يرد لزوم بطلانه من حيث ان الموقوف عليه لا يملك
غاية ما هناك انه وقف على المسلمين في مصلحة خاصة فاذا وقف على المسجد كان وقفا على المسلمين لانهم المنتفعون

بالمسجد والتردد اليه للعبادة واقامة شعار الدين لكن على هذا الوجه المخصوص والمصلحة المعينة وكذا القول
في الوقف على القناطر والمشاهد واكفان الموتى ومؤنة الغسالين والحفارين قوله بخلاف الوقف على
البيع فانه لا ينصرف الى مصالح اهل الذمة ٥ المراد ان الوقف على المساجد ونحوها جائز لانه في الحقيقة وقف
على المسلمين بخلاف الوقف على البيع والكنايس ونحوها فانه لا يجوز وان كان في الحقيقة وقفا على
اهل الذمة وقلنا بجواز الوقف عليهم لان الوقف على المساجد وقف على المسلمين في جهة خاصة هي طاعة
وقربة واما الوقف على البيع فانه وقف على اهل الذمة في جهة خاصة هي معصية فان اجتماعهم فيها للعبادات
المحرمة والكفر وشتم الرسول صلى الله عليه وآله والوقف عليها معونة على ذلك هذا هو المقصود المهم وان
كانت العبارة لا تؤدي هذا المعنى على الوجه المراد وان امكن تكلف حمل قوله فانه لا ينصرف الى مصالح اهل
الذمة على انه لا ينصرف الى مطلق مصالحهم بل الى ما يعد من مصالحهم معصية لكن في قوله ولو وقف على البيع
والكنايس الخ تكرار لا فايدة فيه لان المنع من ذلك قد استفيد من قوله بخلاف الوقف على البيع والكنايس
لان المتبادر منه ان مخالفته لما قبله في عدم الصحة اذ لو حمل على ان المراد المخالفة باعتبار انه لا ينصرف
الى مصالح اهل الذمة لكان كلاما مع فساده عريا عن الفايدة لان البحث عن اضافته الى مصالحهم وعدمه هنا
انما هو لعرض صحة الوقف وفساده واما الوقف على معونة الزناة وقطاع الطريق او على كتبة التورية
والانجيل ونحو ذلك فانه فاسد لان ذلك كله محرم لان الاعانة على فعل المعصية معصية ومن شرط صحة الوقف
كونه قربة واما التورية والانجيل فانهما منسوخان محرفان فتحرم كتابتهما والنظر اليهما وقد روت العامة ان
رسول الله ص خرج الى المسجد فراى في يد عمر صحيفة فيها شيء من التورية فغضب النبي ص لما راى الصحيفة
في يد عمر وقال له افي شك انت يا ابن الخطاب الم آت بها بيضاء نقية لو كان اخي موسى حيا لما وسعه الا اتباعي
ولولا ان ذلك معصية لما غضب منه قال الشيخ ان العلة في التحريم انهما محرفان لان النسخ لا يذهب حرمتهما
كالمنسوخ من القرآن قال وهذا لا خلاف فيه ونشكل بان في كتبتهما فسادا آخر لمخالفة الملتين لملتنا
بخلاف منسوخ القرآن وقد سبق في البيع جواز حفظهما وغيرهما من كتب الضلال لغرض النقض والحجة فلا
مانع من جواز الوقف المتقرب الا ان يريد بكونه مما يتقرب به فيصح وقف الكافر اذا كان في نفسه قربة لكن

يريد ان الم

يريد ان المراد تجويز صدور الوقف من الكافر على نحو البيع والكنايس لا على نحو بيوت النيران صحيحا بان الاول
بيت عبادة الله سبحانه بخلاف الثاني مع انه قد تقرر ان الوقف عليهما معصية وكانه نظر الى تاثير اعتقاد
الواقف ففرق بين المسلم والكافر في ذلك وفي الفرق نظر لان ذلك لو اثر لاثر بالنسبة الى الوقف
على بيوت عبادة النيران اعلم انه قد سبق في كتاب الجهاد عند بحث البيع والكنايس انه لا يصح وصية
الكافر ببناء بيعة او كنيسة ولا يخفى ان الحكم بصحة وقف الكافر عليهما مناف لما هنا ثم اعلم ان المراد
بالصحة ان كان هو الصحة عندهم فلا وجه لذكره والبحث انما هو عن احكام الاسلام ومع ذلك فلا فرق
بين الوقف والوصية للبيع والكنايس وغيرهما نظرا الى معتقد الواقف والموصي وان كان المراد عندنا
فيشكل ذلك لان الحكم بصحته عندنا يقتضي تنفيذه والزام الوارث والوصي وناظر الوقف بالصرف الى
الوصية والموقوف عليه لو امتنعوا وذلك محرم ومنكر فكيف يجوز لحاكم الاسلام الالزام بتنفيذه وان
حمل على ان المراد انا لا نعرض اليهم فيه فهو خروج عن حقيقة الصحة الى المجاز ومع ذلك فلا يفرق بين الوقف
والوصية ولا يكون المسئلة على ذلك ذات قولين فان القايل بعدم الصحة لا يمكنه ان يريد بها منع الكافر
من صرف الموصى به والموقوف على البيع والكنايس من الكافر حيث يقر اهلها عليها والقايل بالصحة لا
يمكنه ان يريد بها الالزام بالتنفيذ شرعا من الحاكم اذا رفع الامر اليه على نهج حكم بصحته قوله وفي
وقفه على الذمي خلاف والاقرب المنع في الحربي والصحة في المرتد عن غير فطرة اختلف الاصحاب في
جواز الوقف على الذمي على اقوال الاول المنع مطلقا وهو قول سلار وابن البراج لقوله تع لا تجد قوما
يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادون من حاد الله ورسوله ولو كانوا آباءهم او ابناءهم الاية والوقف
نوع مودة فيكون منهيا عنه فلا يكون طاعة الثاني الجواز مطلقا حكاه الشيخ في المبسوط واختاره نجم الدين
ابن سعيد لقوله تع لا ينهيكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم الاية ولقوله
كل كبد حرى اجر الثالث الجواز اذا كان الموقوف عليه قريبا دون غيره وهو مختار الشيخين وابي الصلاح
وابن حمزة لقوله تع وصاحبهما في الدنيا معروفا ووصينا الانسان بوالديه حسنا والاوامر الكثيرة في صلة الرحم
وهذا القول ليس بعيدا من الصواب فان قيل قوله تع لا تجد قوما الاية نص في المنع من ذلك لان الوقف على الانسان

موآدة له قلنا اولا يمنع ذلك فان المفهوم من المواداة غير ذلك ويؤيده قوله سبحانه في حق الابوين الكافرين
وصاحبهما في الدنيا معروفًا فانه ليس من الصحبة بالمعروف ترك صلتهما مع حاجتهما ولا يبعد ان يكون المراد
من الآية المباعدة لاعداء الله والتصلب في مجانبتهم علي وجه لا يمنع صلة الرحم وحسن المصاحبة للوالدين
المامور بهما ويكون كل من الامرين جاريًا علي ظاهره او يقال ان المباعدة بالنسبة الي كل شيء بحسب حاله ففي
الوالدين والاقارب ما وراء الصلة المامور بها بخلاف غيرهم والجواب عن قوله تع لا ينهيكم الله الآية انه لا دلالة
فيها علي المراد فظاهرها يقتضي جواز الوقف علي بعض الحربيين والمنع من بعض اهل الذمة الذين سوّ منهم
القتال ولعل المراد بها النسآء والصبيان اذ ليس من شانهم القتال وهو قول لبعض المفسرين بل قد قيل
انها منسوخة ويشكل بانه يلزم جواز الوقف علي النسآء والصبيان مطلقًا وكيف كان فالاولي الاقتصار
علي الرحم وهو المشهور ووجه القرب في المنع من الوقف علي الحربي ان ذلك مناف للمباعدة والمجانبة المامور
بها لانتفاء القرابة المقتضية للصلة فيكون الوقف نوع مودة ويحتمل ضعيفًا الجواز لعموم قوله عم علي كل
كبد حري اجر ووجه القرب في الصحة علي المرتد عن غير فطرة انه بحكم المسلم ويشكل بان ذلك مسقط لو الاحكام
له لا في جواز مودته والاصح ان المرتد كغيره من الكفار اما المرتد عن فطرة الاسلام فلا يجوز الوقف عليه
اصلًا اذا كان رجلًا لوجوب قتله اما المراة فانها فهي كالمرتد عن غير فطرة قوله ويصح الوقف علي الفاسق
والنحوه المراد صحة الوقف علي الشخص الفاسق لا من حيث كون وصف الفسق مناط الوقف لانه من هذه
الجهة معصية فلا يصح قال المص في التذكرة اذا وقف علي الكفار والفساق فان كان ذلك لاعانتهم علي
فسقهم وكفرهم بطل الوقف قطعًا وكان لنفعهم في بقائهم فقد بيّنا الخلاف فيه فتساوي بين الكفار
والفساق في الحكم ومقتضي عبارته ان في الوقف علي الفساق لنفعهم في بقائهم خلافًا وهو موضع تامل اللهم
الا ان يريد بذلك الخلاف للعامة قوله ولو وقف علي اقاربه اشترك الذكور مع الاناث بالسوية والاقرب
والابعد ويحمل علي من يعرف بانه قرابة له اما اشتراك الذكور والاناث فقد سبق ما يصلح ان يكون بيانا له
واما اشتراك الاقرب والابعد فلان الغرض شمول اسم القرابة لهما ويستوون في القسمة لانتفاء
المقتضي للتفضيل وقوله ويحمل الي اشارة الي معني الاقارب ومن يراد بهم وتحقيقه ان الاقارب من صدق عرفا

عليه اسم القرابة ممن اشترك معه في النسب فلو بعد الشخص جدًا بحيث يكون الاشتراك بينه وبين الواقف في جد
لا يعد مثله قريبًا لم يدخل لان المعتبر في ذلك العرف ولانه لو كان مطلق الاشتراك في النسب موجبًا للقرابة
لكان جميع الناس اقربًا لاشتراكهم في آدم قوله ولو شرط الترتيب والتفضيل او الاختصاص لزم
لو شرط الترتيب في الاقارب بين الاقرب والابعد او بين الطبقة الاولي والثانية مثلًا او تفضيل
الاقرب علي الابعد مثلًا او اختصاصه من دونه وجب اتباع الشرط لانه وقف لا ينافي مقتضي الوقف فيجب
الوفآء قوله ولو وقف علي وجوه البر واطلق فهو للفقراء والمساكين وكل مصلحة يتقرب بها الي الله
تعالي ه البر بكسر الباء الصلة والخير والاتساع في الاحسان ذكر نحو ذلك في القاموس فالوقف علي
وجوه البر او علي وجوه الخير وقف علي وجوه القربات كلها كبناء القناطر وعمارة المساجد والمشاهد
واعانة الحاج والزائرين واكفان الموتي والحج والعمرة والغزو ونحو ذلك قوله ويصرف الوقف علي
المنتشرين الي من يوجد منهم لما كان الوقف علي المنتشرين الي من يوجد منهم لما كان الوقف علي المنتشرين
الذين ليسوا بمنحصرين ليس وقفا علي جملة اشخاصهم بل هو وقف علي جهة مخصوصة ومصرفها اولئك
المنتشرون فاذا وقف علي بني هاشم مثلًا كان مصرف الوقف من كان هاشميًا لم يجب تتبع جميع المنتشرين
في ايصال نماء الوقف عليهم بل يجب صرفه الي من كان موجودًا في البلد لرواية علي بن سليمان النوفلي
عن ابي جعفر الثاني عم انه كتب اليه في مثل ذلك فاجاب بان الوقف لمن حضر البلد الذي هو فيه وليس لك
ان تتبع ما كان غايبًا وفي التذكرة اكتفي بالصرف الي ثلثة منهم في اول كلامه ثم قال هكذا قال بعض الشافعية
والاولي الصرف الي جميع ما بحضرة البلد منهم واحتج بالرواية المذكورة واعلم انه لا فرق في ذلك
بين كون الواقف علي من لا ينحصر في ابتداء الوقف وانتهائه وبصرح في التذكرة وظاهر الرواية تناوله
قوله ولو وقف المسلم علي الفقراء اختص بفقراء المسلمين ولو وقف الكافر اختص بفقراء نحلته عملًا
بشاهد الحال فانه قاض بعدم ارادة فقرآء كل ملة ونحلة فيحمل علي فقراء المسلمين لاقتضاء ما يدل علي غيرهم
قوله ولو وقف علي مصلحة فبطل رسمها صرف في وجوه البر هذا اذا لم يكن صرف الوقف اليها بعد بطلان
رسمها فلو امكن تعين وانما يصرف الي وجوه البر حيث لا يمكن ذلك لان عوده ملكًا بعد خروجه عن الملك

على وجه الحبس باطل واقرب شيء الى مراد الواقف صرفه في وجوه القربات لاشتراكها في القربة فان قيل صرفه في قربة
تشابه تلك المصلحة التي بطل رسمها اقرب قلنا لما بطل رسم المصلحة المخصوصة وامتنع عود الوقف ملكا
كانت وجوه البر كلها بالنسبة الى عدم تعلق عقد الوقف بها كلها على حد سواء لا اولوية لبعض على البعض
الآخر والمشابهة وغيرها سواء في عدم شمول العقد لها ومجرد المشابهة لا دخل لها في تعلق الوقف بها فيبطل
القيد ويبقى اصل الوقف من حيث القربة قوله المطلب الثاني الموقوف وشروطه اربعة ان يكون
عينا مملوكة يصح الانتفاع بها مع بقائها ويمكن اقباضها لو قال يصح الانتفاع بها دائما مع بقائها
ليخرج الرياحين وما اشبهها لكان احسن فقد صرح المص بعدم جواز وقفها في التذكرة وتردد الشهيد
في الدروس وعدم الجواز لا يخ من قوة لان المفهوم من النصوص كون الوقف ذا بقاء وصحة غيره يحتاج
الى دليل قوله فلا يصح وقف الدين اجماعا سواء كان على موسر او معسر حالا او مؤجلا قوله
ولا المطلق كفرس غير معين وعبد في الذمة او ملك مطلق اي وكذا لا يصح وقف الشيء المطلق الذي ليس
بعين من الاعيان كما لو وقف فرسا ولم يعين وان وصفها او عبدا كذلك والمراد بقوله غير معين انه
غير مشخص لا انه غير موصوف وقوله في الذمة لو اعتبر في كل من الفرس والعبد امكن والمراد بقوله او ملك
مطلق ان يقف ملكا من الاملاك ايما كان ولا يشخصه ويجوز ان يراد به ان يقول به ان يقول وقفت
ويقتصر على ذلك فان الوقف لا يصح في شيء من هذه المواضع اتفاقا قوله ولا ما لا يصح تملكه كالخنزير
ثم لو وقفه الكافر على مثله فالاقرب الصحة وجه القرب انه مملوك للكافر يصح نقله بالبيع ونحوه من اسباب
النقل فجاز وقفه لان المانع من وقفه في حق المسلم انما هو عدم كونه مملوكا ويحتمل العدم لامتناع التقرب
به ولا ريب ان البحث في هذه المسئلة فرع صحة الوقف من الكافر وانما يتحقق صحته اذا لم يشترط فيه التقرب
او اكتفينا بتقرب الكافر بحسب معتقده وان كان بعيدا لان التقرب انما يكون بالفعل المثمر للقرب ولهذا
لا يصح من الكافر شيئا من العبادات ثم انه لا دليل ينهض على اشتراط قصد التقرب ازيد من اطلاق اسم الصدقة
عليه ولا يخفى ان اشتراط التقرب في صدق اسم الصدقة محل نظر نعم قد يقال انه لما كان لله تعالى فيه لحوق اشتراط
كونه قربة في نفسه فاذا تحقق انه ما لم يثبت صحة وقف الكافر لا يمكن الخوض في هذه المسئلة فاعلم انه بناء على الصحة

لا ريب

71

لا ريب ان الخنزير اذا لم يتظاهر به اهل الذمة معدود مالا لهم كسائر الاموال والمعتبر كونه قربة بالنسبة الى الوقف
انما هو المصرف دون نفس المال اذ لا يعتبر فيه الا عدم ما لا في نظر الشارع فلا فرق ح بين وقف الكافر الخمر
او الخنزير وهذا انما هو اذا ترافعوا الينا والا فلا نتعرض اليهم فيما يجري بينهم الا المناكير اذا تظاهروا بها
فما قربه المص هو الاصح قوله ولا الحر نفسه يجوز في نفسه ان يقرأ منصوبا على انه المفعول ولا ان يقف الحر نفسه
ومجرورا على انه مؤكد للمجرور ووجه عدم الصحة ان شرط الوقف الملك وهو منتف هنا قوله ولا ما لا يملكه
الواقف كملك الغير وان اجاز فالاقرب اللزوم اي لا يصح وقف ما لا يملكه الواقف والمراد بعدم الصحة
عدم اللزوم والا لكان منافيا لقوله وان اجاز فالاقرب اللزوم ووجه القرب انه عقد صدر من صحيح العبارة
قابل للنقل وقد اجاز المالك فيصح كالبيع والنكاح ويحتمل العدم لانتفاء دليل الصحة وما سبق ضعيف فان
عبارة الفضولي لا اثر لها وتاثير الاجازة غير معلوم مع ان بعض اقسام الوقف فك ملك فلا اثر لعبارة الغير
فيه قال المص في التذكرة في هذه المسئلة ولو اجاز المالك قيل يصح لانه كالوقف المستأنف ولم يفت بشيء
وكذا توقف شيخنا الشهيد في الدروس وعدم الصحة قوي قوله ولا المستأجر ولا الموصى بخدمته اذا اجر
المالك العين ثم وقفها قال في التذكرة ان اقبضها باذن المستأجر فلا باس والا لم يصح القبض ولا يتم لزوم
الوقف ح وقف المالك العين الموجرة لا مانع من صحته وكذا العين المغصوبة وقال بعض الشافعية ان
وقف الموجر مخرج على الوقف المنقطع الاول وعبارة المص هنا يحتمل ان يريد بها عدم صحة وقف المستأجر
من المالك لكنه يشكل بانه لا يقع فاسدا غاية ما في الباب انه لا يتم الا بالقبض ويحتمل ان يريد بها عدم صحة
الوقف من المستأجر لانه ليس بمالك للعين فلا يملك نقلها ولا حبسها والمنافع لا يتصور فيها معنى الوقف
وكذا القول في الموصى بخدمته اذا وقفه الموصى له ولو وقفه الورثة فقد قال في التذكرة وقف الورثة الموصى
بخدمته شهرا كوقف المستأجر وهنا شيء وهو ان الوصية بالخدمة لو كانت دائما ففي صحة الوقف ح تردد لان
العين ح مسلوبة المنفعة فيكون كوقف ما لا منفعة فيه ولم اظفر فيه بكلام للاصحاب ولعل اقتصار المص
في التذكرة على ذكر الموصى بخدمته شهرا لا لاستبعاد شيء في اطلاق الحكم قوله ولا يصح وقف الطعام والشمع
لان منفعة هذه المطلوبة منها عرفا انما يكون باتلافها ولا يعتد بمنفعة الشمع لنحو الزينة وما جرى هذا المجرى

وكذا كل ما لا ينتفع به الا باتلافه لا يصح وقفه لان الوقف يقتضي تحبيس الاصل واطلاق المنفعة وهو منتف هنا
قوله وفي الدراهم والدنانير اشكال ينشا من ان المنفعة المطلوبة منهما عرفًا انما يكون بانفاقهما وذلك
اتلاف ومن امكان منفعة التحلي بهما والضرب على سكتهما فالاشكال ناشي من التردد في ان لهما منفعة مقصودة
مع بقايهما وعدمه ونقل في المبسوط الاجماع على المنع الا من شذ والحق انه ان كان لهما منفعة مقصودة
عرفًا سوى الانفاق صح وقفهما والا فلا قوله ولا وقف الابق لتعذر تسليمه ظاهره انه لا يصح وقفه كما
لا يصح بيعه وان امكن تسليمه بعد العقد وليس كذلك بل العقد صحيح ويتم بالقبض ان امكن فلو تعذر اصلًا
بطل والفرق بينه وبين البيع انه معاوضة فيقتضي امكان تسليم العوض ولاختصاص البيع بالنص قوله
ويصح وقف المشاع لان مقصود الوقف وهو تحبيس الاصل وتسبيل المنفعة يحصل به ومنع من ذلك بعض العامة
قوله ومن ينعتق على الموقوف عليه ينعتق وقفًا اي يصح وقف من ينعتق على الموقوف عليه كغيره ولا ينعتق
بدخوله في ملكه بالوقف على القول به بل يبقى وقفًا لان العتق دائر مع الملك التام وملك الموقوف عليه غير تام
بل هو محبوس لا يقبل الزوال قوله وقبضه كقبض البيع اي قبض الموقوف كقبض المبيع اما بالتخلية مطلقًا
او فيما لا ينقل ويحول كما سبق تحقيقه وقبض المشاع فيهما ايضًا سواء قوله ويصح وقف كل ما ينتفع به
منفعة محللة مع بقايه هذا ضابط الموقوف وكان الاولى ذكره في اول الباب والمراد بما ينتفع به كذلك
ما يكون له منفعة مقصودة عرفًا فلا يعتد بالنفع باليسير الذي لا يعتد بمثله في العادة كالتفرج على الدراهم
ونحو ذلك قوله كالعقار والثياب والاثاث والالات المباحة والحلي والسلاح والكلب المملوك
والسنور والشجر والشاة والامة والعبد وكذا المصاحف والكتب لان معنى الوقف متحقق في ذلك كله وهو
تحبيس الاصل وتسبيل المنفعة وقد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اما خالد فانه قد احتبس ادراعه واعتده في سبيل الله
وقال ابو حنيفة لا مدخل للوقف في الحيوانات وفي الكتب وعن مالك ان المنقول مطلقًا لا يجوز وقفه
قوله دون المستولدة فانه لا يصح وقفها لان الاستيلاد يقتضي المنع من نقلها عن ملك السيد الى ملك غيره
والوقف يقتضي النقل الى ملك الموقوف عليه ولانه قد حل لها حرمة العتق فكانها معتقة ولان الاستيلاد يقتضي
انعتاقها بموت السيد والوقف يقتضي الدوام ما بقي الموقوف فيتنافيان واحتمل في التذكرة الجواز لعدم خروجها

عن الملكية

٧٣

عن الملكية ومنع بيعها لا يقتضي منع وقفها لان الوقف يشبه العتق لاشتراكهما في ازالة الملك عن المالك الى
وجه من وجوه القرب وليس بشي ورد بما يمنع الجواز وعدمه على ان الملك في الوقف وهل ينتقل عن الواقف
ام لا فان قلنا بالاول لم يصح لانها لا تقبل النقل والاصح ويضعف بانه ان تعذر فتقضي سقوط حقها من الانعتاق
بموت المولى ولم يذكروا صحة وقفها حبسًا لاشتراكهما في اصل معنى الحبس كما في الوقف المنقطع الاخر ولو ذكر
هنا لامكن قوله ولو جعل علو داره مسجدًا دون السفل او بالعكس او جعل وسط داره ولم يذكر الاستطراق جاز
لا ريب ان كل واحد من سفل الدار وعلوها مملوك يقبل النقل بانفراده فيتصور وقفه مسجدًا او غيره فان وقف
العلو اختص الوقف به ويتبعه الهوا فوقه وان وقف السفل فكذلك لكن يتبعه ما تحته ولو جعل وسط داره او
موضعًا فيه مسجدًا صح لما قلناه ويثبت للموقوف عليه حق الاستطراق كما لو اجر بيتًا من داره فانه يثبت للمستاجر
حق الاستطراق وان لم يشترط لتوقف الانتفاع عليه الفصل الثاني في الاحكام الوقف اذا تم زال الملك
الواقف عنه المراد بتمامه استجماع ما يعتبر في صحته من الايجاب والقبول حيث يشترط والقبض بالاذن مع باقي
الشروط وهذا هو قول اكثر العلماء وظاهر كلام ابي الصلاح انه لا ينتقل عن ملك الواقف وهو قول بعض
العامة لقوله صلى الله عليه وسلم حبس الاصل وسبل الثمرة ولان شرطه يتبع ولو زال الملك لما اتبع ولجواز ادخال من يريد في الوقف
على اصاغر الاولاد وكل ذلك ضعيف لان التحبيس لا ينافي الانتقال اذ المراد منه منع بيعه وهبته وارثه
وغير ذلك من اسباب نقل الملك وانما وجب اتباع الشرط لان الملك انما زال على هذا الوجه وقد سبق ان
ادخال من يريد مع الاولاد الاصاغر لا يصح اذا تم الوقف الا مع الشرط والذي يدل على انتقال الملك ان الوقف
سبب قطع تصرف الواقف في الرقبة والمنفعة ابدًا فوجب ان يزول به الملك كالعتق ولما سياتي ان شاء
الله تعالى من الدلايل الدالة على انه ينتقل الى الموقوف عليه مع تخصيصه ولا قايل بالتفصيل قال في التذكرة وفايدة
الخلاف انا اذا حكمنا ببقاء ملكه لزمه مراعاته والخصومة فيه قوله ثم ان كان مسجدًا فهو فك ملك
كالتحرير وان كان على معين فالاقرب انه يملك او على جهة عامة فالاقرب ان الملك لله تعالى اشار بقوله ثم على
ان هذا البحث انما يستقيم بعد ثبوت زوال ملك الواقف وتحقيقه انه بعد تحقق زوال ملك الواقف لا يخلو اما
ان يكون على معين لشخص او على جهة عامة لربط الوقف بمنتشرين غير محصورين فان كان مسجدًا او وقفه غيره من

فك ملك كتحرير العبد ومن ثم لا يشترط فيه القبول من الحاكم ولا من غيره ولا يشترط القبض من الحاكم بل كل من تولاه من المسلمين
صحة قبضه ويعتبر في قبضه الصلوة للقبض مع الاذن كما سبق ولا يكفي فيه التخلية الا ان يتبع ذلك من الحاكم على الاقرب
وقد سبق بيان ذلك كله وكذا المقبرة وليس كذلك الوقوف على الجهات العامة لما عرفت من اشتراط قبض القيم
اياها واعتبار القبول على وجه اذا تقرر هذا فمراد المص بقوله فهو فك ملك كالتحرير الفرق بينه وبين الوقف
على الجهة العامة بما قلناه واما الملك فالظاهر انه ينتقل الى الله تع في الموضعين ويحتمل ان يريد بتشبيهه بالتحرير
زوال الملك اصلا وصيرورته كسائر ما ليس بمملوك ولا يقبل الملك كالمعتق ويشكل بانه لو كان كذلك لم
يشترط فيه القبض بل كان مجرد قطع علاقة الملك كافيا كالعتق فلما اشترط فيه القبض تبين ان للقابض فيه
حقا ولا ثمرة مهمة في تحقيق ذلك سوى ما تقدم وان كان الوقف على معين فالاقرب انه يملكه لانه مال لثبوت
احكام المالية فيه ولهذا يضمن بالقيمة فيكان ملكا كام الولد ونقض ببوارى المساجد وآلاتها فانها تضمن
بالقيمة وملكها لله تع كذا قال المص في التذكرة وانما يتم النقض اذا جعلنا المضمون في الوقف على المعين
وقفا ولو جعلناه للموقوف عليه لم يتم واحتج الشارح الفاضل برواية علي بن سليمان النوفلي عن ابي جعفر الثاني
ع حيث كتب اليه يسأله عن ارض اوقفها جده على المحتاجين من ولد فلان بن فلان وهم كثيرون متفرقون
في البلاد فاجاب ع ذكرت الارض التي اوقفها جدك وهي لمن حضر البلد الذي فيه الوقف واللام للملك
والمحكوم عليه الارض لا منفعتها لانها المذكور السابق وفيه نظر اما اولا فلان هذا غير المتنازع لان مورد
الرواية وقف على منتشرين واما ثانيا فلانه لو كان المحكوم عليه الارض لم يجز ان يدفع الى غير حاضري البلد
من حاصلها شيء لانه اذا كان الملك لغيره لم يستحق شيئا وليس كذلك بل الملك لله تع والمتفرقون من اولاد
الرجل مصرف المنفعة والواجب قسمتها على من حضر في البلد منهم لو ذهب فريق وحضر فريق آخر دفعت
الى الفريق الحاضر في وقت وجود المنفعة لان الجميع مصرف ويمكن ان يحتج برواية علي بن حيان عن الصادق ع
المتضمنة جواز بيع الوقف اذا حصل بالموقوف عليهم حاجة ولم تندفع الا ببيع الوقف فانه لولا ملكهم اياه
لم يستحقوا ثمنه ودلالة هذه ظاهرة ان كانت حجة وكيف كان فالقول بملك الموقوف عليهم اظهر لوجود
خصوصيات الملك كلها بالنسبة اليهم سوى نقله الى مالك آخر وهذا هو قول الشيخ في المبسوط وابن ادريس

ونقل ان

ونقل ابن ادريس انه ينتقل الى الله تع وحكاه الشيخ في المبسوط عن قوم ووجهه انه صدقة والصدقة لله تعالى
ودليل الصغرى عدة روايات يدل على ان الوقف صدقة ودليل الكبرى صحيحة جميل بن دراج عن الصادق ع
وقد سأله عن رجل يتصدق على ولده وهم صغار اله ان يرجع فيها قال لا الصدقة لله وللولد لا ينافي ذلك لان
كون الصدقة لله تع لا ينفي ملكه سبحانه اياها دون المتصدق عليه للقطع بان الصدقة يملكها المتصدق
عليه بالقبض وان كان الوقف على جهة عامة فالاقرب ان الملك لله تع ووجه القرب انا قد بينا انتقال
الملك عن الواقف فيمتنع انتقاله الى جميع افراد تلك الجهة لان الغرض كونهم غير محصورين فلو ملكه
الجميع امتنع صرفه الى البعض وكذا يمتنع انتقاله الى بعض دون بعض آخر لتساوي النسبة ويحتمل ان يكون
ملكا للموقوف عليهم وهو الكلي ويشكل بان المالك لا بد ان يكون موجودا في الخارج لاستحالة ملك من
لا وجود له ولا تعين والاقرب ما قربه المص واعلم انه ليس المراد بكونها ملكا لله تع صيرورتها الشيء مباحا
بل انفكاك المحل عن ملك الادميين واختصاصهم ويمكن ان يكون افراد المص المسجد بحكم ليس لان الملك
فيه ليس على نهج ما اختاره في الوقف على الجهات العامة لان كلا منهما الملك فيه لله تع بل لان حكم المسجد
والمقبرة متفق عليه واما الحكم في الجهات العامة فمختلف فيه كذا لو قال في التذكرة فلو جمع الكل وعبر
بالاقرب لاشعر ذلك بان الخلاف في الجميع قوله ولو وقف الشريك حصته ثم اعتقها لم يصح العتق
لانها انتقلت عنه بالوقف فليس بمالك قوله وكذا لو اعتقها الموقوف عليه اي لا يصح العتق منه لانه
وان كان مالكا الا انه ممنوع من كل تصرف ناقل للملك قوله ولو اعتق الآخر لم يقوم عليه الوقف
اي لو اعتق الشريك الآخر الذي حصته طلق حصته لم يقوم عليه الوقف وهذا هو اصح الوجهين لان
العتق لا ينفذ فيه مباشرة فالسراية اولى لانها اضعف من المباشرة ولاقتضائها سلطنة على مال الغير فيقتصر
فيها على موضع الوفاق ولاستلزامها ابطال حق الموقوف عليهم من غير الوقف ومن عموم ثبوت السراية
الشامل لصورة النزاع والعتق مبني على التغليب ويرجح الاول باستصحاب حال الوقف الى ان يثبت الناقل
الخالي من المعارض والاصح عدم التقويم وهو مختار المص والشيخ في اكثر كتبه وتردد في الارشاد قال شيخنا
الشهيد في شرح الارشاد ان احتمال التقويم يضعف على القول بانتقال الموقوف الى الله تع ويقوى على

المتولي بانتقاله الي الموقوف عليهم وكانه نظر الي انتقال الملك الي الله تع في معنى التحرير قوله ويملك الموقوف عليه
المنافع المتجددة ملكا تاما كالصوف واللبن والنتاج وعوض البضع واجرة الدابة والدار والعبد ونحو ذلك
مما له اجرة ووجهه ان الوقف عبارة عن تحبيس الاصل وتسبيل المنفعة وذلك يقتضي ان يكون فوايده
ومنافعه للموقوف عليه متصرف فيها كيف يشاء تصرف المالكين في املاكهم من البيع والهبة والوقف
وغير ذلك وهذا هو الغرض من الوقف ومعنى قول المص ملكا تاما ما قلناه ولو كان الموقوف شجرة
فثمارها للموقوف عليه واما الاغصان فان كانت معتادة القطع فهي كالثمرة يملكها ملكا تاما
كشجرة الخلاف فان اغصانها كثمار غيرها ولو لم يكن معتادة فهي كالاصل كذا ذكره في التذكرة ولا يبعد
ان يكون ما جرت العادة بقطعه في كل سنة مما فيه اصلاح الشجرة والثمرة من تهذيب الاغصان وما
يقطع من اغصان شجر العنب ملحقا بالثمار قوله ولو شرط دخول النتاج في الوقف فهو وقف لانه
شرط لا يخالف مقتضى العقد فيجب اتباعه قوله ويملك الموقوف عليه الصوف واللبن الموجودين
وقت الوقف ما لم يستثنه اما وجه ملك الموقوف عليه لهما فلانهما جزء من الموقوف فيتناولهما
العقد كما يتناولهما البيع لكن لا بد في اللبن من ان يكون موجودا في الضرع والصوف على الظهر فلو
احتلب اللبن وجز الصوف لم يدخلا قطعا ولو كان الموقوف نخلة وكان طلعها موجودا حين العقد
لم يدخل في الوقف سواء ابر ام لا لانه ليس جزءا من المسمى وبه صرح في الدروس والتذكرة فان قيل عقد
الوقف ان تناول الصوف واللبن وجب ان يكونا وقفا عملا بمقتضى العقد وذلك ممتنع في اللبن وان
لم يتناولهما كانا على ملك الواقف كالحمل قلنا تناول العقد لهما لا يقتضي كونهما وقفا لان مقتضاه
تحبيس الاصل وتسبيل المنفعة وهما محسوبان من المنافع فيتناولهما العقد باعتبار شمول المسمى اياهما
على حكمها واما اذا استثنى الواقف اللبن والصوف الموجودين فلانه لا منافاة في هذا الاستثناء لمقتضى
العقد لان الموقوف ما عداهما والتعبير بما يتجدد من المنافع اعني ما يكون بعد تحقق الوقف فلو استثنى شيئا
من تلك المنافع لم يصح قوله ولا يصح بيع الوقف ولا هبته ولا نقله ولا غير ذلك من الاسباب الموجبة لابطال
حكم الوقف قوله ولو خرب الدار لم تخرج العرصة عن الوقف ولم يجز بيعها لانها من جملة الموقوف وقد قال

المبتوتة

المبتوتة لا يباع اصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث وقال احمد ان خرب الوقف وبطلت منافعه كدار
انهدمت او ارض خربت وعادت مواتا ولم يمكن عمارتها او مسجدا انتقل اهل القرية عنه وصار في موضع
لا يصلى فيه او ضاق باهله ولم يمكن توسيعه في موضعه او تشعث جميعه ولم يمكن عمارته ولا عمارة بعضه
الا ببيع بعضه جاز بيع بعضه ليعمر به بقيته فان لم يمكن الانتفاع بشيء منه بيع جميعه ولا يعتد بخلافه
قوله ولو وقع بين الموقوف عليهم خلف بحيث تخشى خرابه جاز بيعه ولو لم يقع خلف ولا خشي خرابه
بل كان البيع انفع لهم لم يجز بيعه ايضا على راي اختلف كلام الاصحاب في جواز بيع الوقف فمنعه
ابن ادريس على جميع الاحوال وهو مختار ابن الجنيد وجوزه في الجملة الاكثر واختلفوا فجوزه المفيد
اذا خرب ولم يوجد له عامر او كان غير مجد نفعا او اضطر الموقوف عليهم الى ثمنه او كان بيعه اعود عليهم
او يحدثون ما يمنع الشرع من معونتهم والتقرب الى الله بصلتهم وجوز المرتضى بيعه اذا خرب بحيث لا يجدي
نفعا او حصل للموقوف عليهم ضرورة شديدة الى ثمنه وجوز الصدوق بيع المنقطع الاخر دون المؤبد وقول
سلار قريب من قول المرتضى وكذا ابن حمزة الا انه اكتفى بخوف خرابه وجوز الشيخ بيعه اذا خيف خرابه
او حصل خلف بين اربابه وحكى المص في المختلف جواز البيع اذا خيف وقوع فتنة بين اربابه او خرب وتعذرت
عمارته عن الشيخين وان كانت عبارتهما لا تفي بذلك واختار المص في المختلف جواز البيع مع خرابه
وعدم التمكن من عمارته ومع خوف فتنة بين اربابه يحصل باعتبارها فساد لا يمكن استدراكه مع بقائه
وفي التحرير نحو هذا والحاصل ان القول بجواز بيعه اذا حصل خلف بين اربابه بحيث يخشى منه فتنة
عظيمة لا يستدرك مع بقائه يدل على مكاتبة علي بن مهزيار الصحيحة الى ابي جعفر ع يساله عن بعض ضيعة
موقوفة على قوم بينهم اختلاف شديد وليس يؤمن ان يتفاقم ذلك بينهم فاجاب ع بانه اذا علم الاختلاف
ما بين اصحاب الوقف فبيع الوقف امثل فانه ربما جاء في الاختلاف تلف الاموال والنفوس والقول
بجواز البيع اذا كان بالموقوف عليهم حاجة شديدة مستنده ما رواه جعفر بن حيان قال سالت ابا عبد الله
ع عن رجل اوقف غلة له على قرابة من ابيه وقرابة من امه فللورثة ان يبيعوا الارض اذا احتاجوا ولم
يكفهم ما يخرج من الغلة قال نعم اذا رضوا كلهم وكان البيع خيرا لهم باعوا قال المص في المختلف والتذكرة

ان مفهوم هذه الرواية عدم التابيد وجعلها دليلا لمن جوز بيع الوقف الذي ليس بموبد وهو ابو الصلاح
وابن البراج ولا دلالة فيها على ان الوقف على قرابة الاب والام فقط بل حكاية للحال محتملة وقد ترك ع
الاستفصال وذلك دليل العموم ثم انا اذا حكمنا بصحة الوقف المنقطع الاخر وانه بعد انقراض الموقوف
عليه يكون في وجوه البر فهو بمنزلة المؤبد فمتى جاز البيع في المنقطع جاز في غيره وقد افتى بمضمون هاتين
الروايتين شيخنا الشهيد في شرح الارشاد والعمل بالاولى هو المختار وليس ببعيد العمل بالثانية واما
القول بجواز البيع اذا خرب وتعطل ولم يبق فيه نفع اصلاً فوجهه ان الوقف تحبيس الاصل وتسبيل المنفعة
ومع خرابه وعطلته بحيث لا يرجى عوده عادة ولا حصول نفع منه اصلاً يفوت مقصود الواقف وينتفي
منه الغرض الاصلي من الوقف فوجب ان يجوز بيعه تحصيلاً لغرض الواقف كما في الهدي اذا عطب فانه
ينحر في الحال وان اختص بموضع معين فانه لما تعذر المحل ترك مراعاة الخاص لتعذره وكما لو وقف
على بقعة فتعطلت اصلاً فانه يصرف في وجوه البر وهذا القول قوي متين جداً واما باقي الاحوال
في تجويز البيع فضعيفة وحمل المص في المختلف قول المفيد على ما اذا اشترط الواقف شرطاً يمتنع معه
اجراء الوقف على حاله واحتج المانع باطلاق النصوص بعدم جواز بيع الوقف ومنها رواية علي بن راشد
عن ابي الحسن ع ولا حجة فيها لان الخاص مقدم واعلم انه متى جوزنا بيع الوقف وجب ان يبدله ان امكن
ويجب التوصل الى ما يكون اقرب الى غرض الواقف بحسب الامكان صيانة لحق الواقف فيه وباقي البطون
عن التضييع واذا كان المجوز للبيع حاجة الموقوف عليهم وامكن شراء ما يكفيهم عليه ويكون وقفاً وجب
وسياتي انشاء الله تعالى في نظير هذه المسئلة من يكون المتولي للبيع والشراء عن قريب قوله ولو انقطعت
نخلة قيل جاز بيعها والاولى المنع مع تحقق المنفعة بالاجارة للتسقيف وشبهه ٥ اختلف الشيخ
وابن ادريس في هذه المسئلة فالقايل بجواز البيع هو الشيخ محتجاً بانه لا يمكن الانتفاع بها الا على هذا
الوجه واحتج ابن ادريس بان الوقف يقتضي الدوام مع بقاء المنفعة وتعطل المنفعة المخصوصة التابعة
لكونها نخلة لا يستلزم زوال جميع المنافع لامكان التسقيف بها ونحوه وحقق المص انه لا نزاع بينهما لان تعليل
الشيخ بانه لا يمكن الانتفاع بها الا على ذلك الوجه المخصوص اعتراف بسلب جميع منافعها فيرتفع الخلاف ولقايل

ان يقول

ان يقول انه دليله وان اقتضى ذلك الا ان سلب جميع المنافع في هذه الحالة موضع تامل والاصح مختار ابن ادريس
ومتى جاز البيع وجب ان يشتري بثمنه ما يكون وقفاً على الاصح وفاقاً لابن الجنيد نعم لو لم يبق منفعة تعتد
بها مع بقاء العين جاز البيع ومثله ما لو ميتا الدابة قوله ولو شرط بيعه عند الضرر به لزيادة خراج ة
وشبهه وشراء غيره بثمنه او عند خرابه وعطلته او خروجه عن حد الانتفاع او قلة نفعه ففي صحة الشرط اشكال
اي لو شرط في عقد الوقف بيع الموقوف عند التضرر به للموقوف عليه او للناظر كزيادة خراج وتغلب ظالم
ونحو ذلك وشرا ما يكون وقفاً بثمنه او شرط بيعه عند خرابه وعطلته وان لم يخرج عن حد الانتفاع
كما لو تعطلت المنفعة العظمى المقصودة من الوقف غالباً او شرط ذلك عند خروجه عن حد الانتفاع
كان يبلغ المسجد حداً لا تصلح لغير النار او شرط ذلك عند قلة نفعه المقصود ففي صحة الشرط اشكال
من التردد في انه شرط مناف لمقتضى العقد اولى فمن حيث انه مناف للتابيد المعتبر في الوقف ما دامت
العين يلزم منافاته ومن حيث انه اذا بلغ هذه الحالات جاز بيعه وان لم يشترط كما سبق بيانه فلا يكون
الاشتراط منافياً وقد تقدم في رواية جعفر بن حيان جواز بيعه للضرورة الشديدة للموقوف عليهم والضرورة
قايمة في محل النزاع ولعموم قول العسكري ع الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها ولان ذلك مما تدعوا
الحاجة اليه فجاز اشتراطه تخلصاً من الضرورة والتحقيق ان كل موضع تجوز فيه بيع الوقف تجوز اشتراط
البيع في العقد اذا بلغ الوقف تلك الحالة لانه شرط موكد وليس بمناف وما لا فلا للمنافاة ولقايل ان يمنع
على الشق الاخير قد سبق في المواضع التي خلا الوقف فيها عن التابيد انه يبطل وقفاً ويصح حبساً وهو
الوقف المنقطع الاخر والمؤبد على تقدير والمنقطع الاخر على تقدير آخر والمشروط رجوعه عند الحاجة
فكان حقه ان يحكم بصحة الشرط ويكون حبساً لان المقتضي في الموضعين واحد ويمكن الجواب بان الحبس لا
يستدعي الخروج عن الملك واشتراط الشراء بثمنه ما يكون وقفاً يقتضيه فلا يكون وقفاً ولا حبساً فتعين
الحكم ببطلان الشرط قوله ومع البطلان ففي ابطال الوقف نظر ٥ ينشا من ان الواقف اتى بشيئين
الوقف والشرط فاذا بطل احدهما بقي الآخر لانتفاء المقتضي لبطلانه وهو قول الشيخ من ان الوقف لم يقع
الا على وجه الاشتراط وهو فاسد من هذا الوجه لفساد الشرط وغيره غير واقع فلا يكون صحيحاً ولما فرق بين

الشروط الفاسدة في عقود المعاوضات ونحو الوقف بان الشرط دخلا في العوض فيكون ملحوظًا في الرضا بالعقد
فاذا فات انتفى الرضا بخلاف الوقف فانه تبرع على كل حال فلا ينتفي الرضا بانتفاء الشرط وفي الفرق نظر
لان الاغراض تتفاوت بتفاوت وجوه التبرعات فيكون للشرط تاثير بين في الرضا والقول بالبطلان
اقوى قوله ونفقة المملوك على الموقوف عليهم وان كان ذا كسب على راي لا ريب ان المملوك ان
كان وقفا على غير معين كالمنتشرين فنفقته في كسبه ان كان ذا كسب والا ففي بيت المال وان كان وقفا
على معين فعلى القول بان الوقف ينتقل الى الله تع قيل الحكم كذلك ويحتمل ان يكون في كسبه ان اوجبنا نفقة
الاجير الخاص والموصى بخدمته على مستحق المنافع ومع عجزه فعلى الموقوف عليهم ويحتمل ان يكون في كسبه مطلقا
ثم على بيت المال ولكنا ان قلنا انه للواقف لكن هنا انما يجب في بيت المال مع عدم وجوده او مع اعساره
وعلى القول بانتقاله الى الموقوف عليهم للاصحاب قولان احدهما انه في كسبه ان لم يشرط خلاف ذلك وهو قول
الشيخ في المبسوط لان الغرض بالوقف انتفاع الموقوف وانما يمكن ذلك ببقاء عينه وانما يبقى عينه بالنفقة
فيصير كانه شرطها في كسبه ولم يذكر حكم ما اذا لم يكن كاسبا والثاني انها على الموقوف عليهم وهو مختار المص
لانها تابعة للملك والغرض انه مملوك للموقوف عليهم وهو الاصح وعمارة العقار حيث شرط الواقف والا ففي
غلته ولو قصرت لم يجب عمارته بخلاف الحيوان لوجوب صيانة روحه ولو مات العبد فمؤنة تجهيزه كنفقته
في صيانة قوله ولو اقعد او عمي او جذم عتق وسقطت المنفعة لصيرورته حرا فتسقط نفقته قوله ولو قتل
قصاصا بطل الوقف لفوات متعلقه لا الى بدل قوله ولو قطع فالباقي وقف اذ لا يبطل الوقف بتلف بعض
الموقوف قوله ولو اوجبت مالا تعلق بكسبه ان قلنا بعدم الانتقال ولذا ان كان على المساكين او على العسر
ولا فعلى الموقوف عليه لتعذر بيعه على اشكال ينشا من ان المولى لا يعقل عبدا والاقرب لا كسب اذا جنى
العبد الموقوف فلا يخلو اما ان يكون جنايته موجبة للمال او للقصاص فان اوجبت مالا فلا يخلو اما
ان يكون وقفا على معين او لا وعلى الاول اما ان يقول بانتقال الوقف عن الواقف الى الله تع او الى الموقوف
عليه او يقول بعدم الانتقال اصلا واذا قلنا بانتقاله الى الموقوف عليه فلا يخلو اما ان يكون موسرا او معسرا فان
كان وقفا على المساكين او قلنا بعدم الانتقال الى الموقوف عليه او قلنا بالانتقال اليه وكان معسرا انه تعلق الارش

في هذه المواضع كلها بكسبه لا برقبته لامتناع بيعه بسبب الوقف مع امكان استيفاء الارش من كسبه ففيه جمع
بين الحقين وقال المص في التذكرة ان قلنا الملك للواقف فهو الذي يفديه وقد يوجه بانه المالك الذي
منع الرقبة من تعلق الارش بها وان قلنا بالانتقال الى الله تع فقد قيل ان الفدا من مال الواقف لانه الذي
منع تعلق الارش بالرقبة وقيل يكون في بيت المال كالحر المعسر وقيل يتعلق بكسبه وان قلنا بالانتقال
الى الموقوف عليه وجب الارش في ماله صرح به الشيخ في المبسوط والمص في التذكرة لامتناع تعلقه برقبته
اذ لا يتعلق الارش الا برقبة من يباع وانما منع من ذلك حق الموقوف عليه وكان عليه ان يفديه بالارش وذكر
المص في هذا الكتاب اشكالا هنا ينشا مما ذكره ومن ان العاقلة لا يعقل عبدا ثم اختار تعلقه بالكسب وهو
الاصح لان فيه جمعا بين الحقين واحتمل في المختلف التعلق بالرقبة وجواز البيع كما يقتل في العمد والبيع ادون
من القتل ويضعف بامكان الجمع بين الحقين هنا بخلاف العبد لان القصاص مع بقاء العين ممتنع ومع
لو لم يكن العبد كاسبا امكن جواز البيع هنا ويحتمل اخذ الارش من بيت المال ان امكن كالحر المعسر وكيف
كان فلا يبطل دم امرئ مسلم قوله وليس للمجني عليه استرقاقه في العمد على اشكال هذا اشارة الى حكم ما
اذا اوجبت جناية العبد الموقوف قصاصا وتحقيقه انه اذا جنى جناية توجب القصاص بان جنى عمدا جاز
الاقتصاص منه قطعا وهل يجوز استرقاقه فيه اشكال ينشا من ان الوقف يقتضي التابيد ما دامت العين
باقية وهو ينافي الاسترقاق ومن ان المجني عليه استحق ابطال الوقف واخراجه من ملك الموقوف عليهم
بالقتل والعفو مطلوب شرعا وفي الاسترقاق جمع بين العفو المحبوب وبين حقه فيكون اولى من القتل والتابيد
الواجب في الوقف انما هو حيث لا يطرا عليه ما ينافيه وهذا اقوى للجمع بين حق الجناية والعفو المندوب اليه
كما ذكرنا قوله ولو جني عليه بما يوجب المال احتمل اختصاص الموجودين به فلهم العفو وشراء عبد او شقص
عبد بها يكون وقفا سواء اوجبت ارشا او دية وليس للموجودين العفو ح ما سبق حكم ما اذا جنى العبد الموقوف
وهذا حكم ما اذا جني عليه ثم الجناية عليه اما ان توجب مالا او قصاصا فان اوجبت مالا فهل يختص به الموجودون
من الموقوف عليهم وقت الجناية ام لا احتمالان احدهما الاختصاص لان الغايت بالجناية منه سواء كان نشأ
او مالا ودونها هنا لهم حين الجناية وقد بطل كونه وقفا بالاتلاف فامتنع ان يكون لمن سيوجد من البطون فيه

حق لانهم حال الجناية غير مستحقين ووقت صيرورتهم مستحقين قد خرج التالف عن كونه وقفاً وصلاحية استحقاقهم
اياه وهو قول الشيخ في المبسوط والثاني العدم لانه ليس ملكاً تاماً للموجودين وقت الجناية ولاحقاً لهم بانفرادهم
بل هو ملك لجميع البطون فللموجودين بالفعل ولغيرهم بالقوة القريبة لحصول السبب المملك والمعدات للملك
لم يبق سوى وجودهم فلا سبيل الى ابطال حقهم ومن ثم ان نقول ان البطن الثاني يتلقى عن الواقف فيجب ان
يشتري بعوض الجناية عبد او شقص عبد يكون وقفا وهذا اقوى لان فيه ابقاء للوقف وصيانة له عن الابطال
وتوصلا الى غرض الواقف ومطلوب لله تع ولان الوقف تابع لبقاء المالية ولهذا اوجبنا الشراء بقيمة الوقف
حيث جوزنا بيعه ما يكون وقفا ولا فرق في الوجهين بين ان نقول بانتقال الوقف الى الله تع بجعل النزاع وجهاً
واحداً ويتفرع على الوجهين المذكورين صحة العفو عن الجناية المذكورين وعدمه فعلى الاول لهم العفو لان الحق
لهم ومنحصر فيهم وعلى الثاني ليس لهم ذلك لعدم انحصار الحق فيهم فاذا عفوا فانما يسقط حقهم وهو احتمال
المطالبة بالارش او الدية ليشتري به ما يكون وقفا يعود عليهم نفعه وكذا لا فرق بين الجناية على النفس او
ما دونها لتعلق حق الوقف بالابعاض كتعلقه بالمجموع اذا تقرر هذا فمن المشتري للعبد او بعضه الظاهر
انه الحاكم لان الملك ان كان لله تع فواضح وان كان للموقوف عليهم فلا اختصاص له بالموجودين ويحتمل
على هذا ان يتولاه الموجودون لان الحق لهم الان وحق الباقي تابع وينبغي ان يكون هذا اذا لم يكن هناك
ناظر خاص كما نبه عليه شيخنا في شرح الارشاد اشتراطه الواقف فان كان تولى ذلك والظاهر انه بالشراء
يصير وقفا من غير احتياج الى انشاء صيغة اخرى ليتعلق حق الوقف بعوض حقا من تعلقه بالمجني عليه كالرهن
وهو المتبادر من قول المص يكون وقفا ويحتمل انشاء صيغة اخرى ويتولاها الحاكم مع عدم الناظر والظاهر
انه لا فرق بين انشاء الوقف والشراء في المتولي لذلك لاستوائهما في تعلق حق البطون الباقية بل حق الواقف
فان له حقا في بقاء الوقف ودوامه ولا يخفى انه لو زاد نساء الدية او الارش عن قيمة عبد اشتري بالزائد اخر او بعضه
واعلم ان قول المص وشرى عبدا او شقص عبد اشارة الى الاحتمال الثاني والضمير في قوله ما يعود الى المال
الواجب بالجناية بتاويل القيمة وقوله ليس للموجودين العفو اراد به ما يتفرع على الاحتمال الثاني اي حين اذ
وجب شراء ما يكون وقفا بالقيمة قوله ولو جني عليه عبد بما يوجب القصاص فان اقتص الموقوف عليه استوفي

وان عفي

وان عفي فهل لمن بعده من البطون الاستيفاء الاقرب ذلك ان لم يكن نفسا هذا حكم ما اذا اوجبت الجناية على العبد
الموقوف قصاصا وتحقيقه انه اذا جنى عليه كذلك فاما ان يقتص الموقوف عليه الموجود او يعفوا او يرضى
بالفداء فان اراد القصاص كان له ذلك لانه المستحق الان فاذا اقتص فقد استوفي الحق وان عفي فهل لمن بعده
من البطون الاستيفاء فيه وجهان اقربهما عند المص ذلك ان لم يكن الجناية نفسا ووجه القرب ان الحق
في الوقف لا يختص بالبطن الاول فاذا عفى فانما سقط استحقاقه دون حق باقي البطون ويحتمل ان لا يكون
لهم ذلك للسقوط بعفو الاول حين كان الحق منحصرا فيه وضعفه معلوم مما سبق وهذا اذا لم يكن الجناية
نفسا فان كانت فالمفهوم من العبارة انه ليس لهم ذلك ووجهه انه اذا جنى على نفس الموقوف بطل الوقف
لفوات محله فبطل حق باقي البطون بخلاف ما اذا لم يكن نفسا لبقاء الوقف ببقاء محله وليس بشيء لاستواء
النفس وما دونها في بطلان الوقف في الفائت منهما على ان هذا الفرق لو تم لكان لازما للمص مقتضاه فيما
لو اوجبت الجناية مالا اذ لا تفاوت والاصح ان لهم الاستيفاء مطلقا اذا تقرر ذلك فما الذي يستوفونه اهو
المال ام القصاص المتبادر من عبارة المص هو الثاني ووجهه ان الحق للبطون وان كان للموجودين حق
المطالبة والاقتصاص فاذا عفوا بطل حقهم خاصة دون اصل الحق وحكى الشارح الفاضل قولا اخر بان
لهم المطالبة بالدية ورجحه تغليبا للعفو وهو محتمل وفي الاول قوة وفي الثاني ايضا قوة لان له ان يعفو
على مال والعفو مبني على التغليب وان كان لقائل ان يقول ان هذا عفو غير صحيح اما العفو الصحيح فلا كلام
فيه قوله ولو استرق الجاني او بعضه فهل يختص به او يكون وقفا اشكال هذا هو القسم الثالث مما اذا
اوجبت الجناية على الموقوف القصاص وهو ما اذا استرق الموقوف عليه العبد الجاني او بعضه بحسب ما يقتضيه
الجناية فهل يختص به الموقوف عليه الان لبطلان الوقف واستحقاقه الاسترقاق او يكون المسترق وقفا
اما بالاسترقاق او بانشاء صيغة الوقف فيه اشكال منشاؤه معلوم مما سبق في بيان الوجهين فيما اذا اوجبت
الجناية على الموقوف مالا والاصح ان يكون وقفا كما سبق هناك قوله ولو انفق هو ومولاه على الفداء
فهل يختص به او يشتري به عبد يكون وقفا اشكال هذا هو القسم الرابع وهو ما اذا تراضا الموقوف عليه ومولى
الجاني على الفداء وفيه اشكال باعتبار اختصاص الموجود به وعدمه فيشتري به عبد يكون وقفا ومنشاؤه معلوم

ما سبق والاصح الثاني قوله ولو وقف مسجدًا فخرب وخربت القرية او المحلة لم يجز بيعه ولم يبطل ولم يعد الى الواقف ولو اخذ
السيل ميتًا فالكفن للورثة لا ريب ان المسجد اذا خرب وخربت القرية او المحلة التي هو فيها لا يجوز بيعه
بحال خلافًا لاحمد ولا يعود الى ملك الواقف ايضًا بحال خلافًا لبعض العامة لان وقف المسجد بمنزلة التحرير
للعبد فلا يقبل النقض ولبقاء الغرض المقصود من اعداده للعبادة لرجاء عود القرية وصلوة من يمر به
بخلاف ما لو اخذ السيل ميتًا فان الكفن للورثة لانه كان ملكًا لهم لان التركة تنتقل الى الوارث بالموت
وان وجب صرفه في التكفين فلا يمكن قياس المسجد على الكفن في العود لتحقق تعذر المصرف في الموضعين
للفرق بما ذكرناه وهذا انما هو في الكفن الذي يكون في التركة اما يكون من الوقف فانه يرجع الى اصله
لا بد مع اخذ السيل الميت من حصول الياس منه قوله ولو مات البطن الاول قبل انقضاء مدة الاجارة
فالاقرب البطلان هنا ويرجع المستاجر على ورثة الموجر بما قابل الباقي مع الدفع اشار بقوله هنا الى
ان بطلان الاجارة حيث يكون الموجر هو الموقوف عليه بخلاف ما اذا كان هو المالك والفرق ان ملك
الموقوف عليه غير تام فان باقي البطون لهم استحقاق خصوصًا اذا قلنا بانهم يتلقون عن الواقف فانه بموت
الموجر من البطون ينتهي استحقاقه بموته فيكون اجارته بالنسبة الى المستقبل تصرفًا في حق غيره واما المالك
فان له اتلاف عين ماله ومنفعتها من غير حجر عليه في ذلك بالنسبة الى الوارث وانما يتلقى الوارث عنه ما كان
ملكًا له حين موته فلا يتبين بموته انه متصرف في حق غيره ويحتمل ضعيفًا عدم البطلان لان له التصرف
وكان ماضيًا في الصغرى بحث لا انكشاف فانه لم يكن له ذلك بموته وقد حققنا المسئلة في الاجارة وذكرنا
انه لو كان الموجر ناظرًا ومات لا يصح على اطلاقه بل حيث يوجر ويبقى ذلك البطن الذي آجر مع وجوده مدة
الاجارة لانه كان في وقت الاجارة قايمًا مقامهم دون البطون الباقية اذا تقرر ذلك فحيث حكمنا
بالبطلان وقد دفع المستاجر الاجرة الى البطن الاول رجع على ورثة البطن الاول بما قابل باقي المدة ولا
تخفى ان المراد البطلان مع اجازة البطن الباقي قوله ولا يجوز للموقوف عليه وطي الامة وان قلنا بانتقالها
اليه لان ملكه غير تام قوله فان فعل فلا مهر لانه لو وجب لوجب له ولا حد وان لم يكن بشبهة لانه مالك
وعلى القول بانه غير مالك فشبهة الملك فيه ثابتة قوله ولو اولدت فهو حر ولا قيمة عليه لما كان وطيه

غير معدود

٧٨

غير معدود زنا كان الولد لاحقًا به وكان حرًا ولا يجب عليه قيمته لانه المستحق لها لو وجبت ولا يعقل وجوب شي
عليه لنفسه لكن هذا انما يستقيم اذا انحصر اهل الطبقة في الواطي وقلنا بان ولد الموقوفة الرقيق ملك له
فلو كان له شريك وجب عليه حصته ولو قلنا بان ولد الموقوفة وقف وجب ان يشتري بقيمة الولد عنه
سقوطها مما يكون وقفًا قوله وفي صيرورتها ام ولد اشكال ينشا من انها علقت منه في ملكه بولد
لان الغرض انتقال الملك اليه ومن ان حق باقي البطون متعلق بها فلا يجوز ابطاله والاصح انها لا تصير
لان المتبادر من الملك هو الكامل الطلق الذي لا حجر على مالكه لتعلق حق الغير به ولانه لا بد من دوام الوقف
ولزومه على تقدير معارضته دليل ثبوت الاستيلاد لها فالمرجح قايم وهو استصحاب حال الوقف الى ان يوجد
المبطل قوله ومعه يعتق بموته ويوخذ من تركته قيمتها لمن يليه من البطون على اشكال مرجع الضمير في قوله
ومعه وصيرورتها بتاويل كونها ام ولد اي ومع كونها ام ولد يعتق بموته كساير امهات الاولاد وتوخذ
من تركته قيمتها قولًا واحدًا كذا قال الشارح الفاضل لانه اتلفها في حيوته لانه مالك فيكون الاتلاف
منه على احد الوجهين السابق نظيرهما في عوض الجناية واعترضه شيخنا الشهيد في شرح الارشاد بانها
اذا صارت ام ولد يحكم بنفوذ الاستيلاد في الحال كما في صورة وطي احد الشريكين وعلوقها منه قال
وهذا وارد على عبارة القوم ولعلهم ارادوا ذلك الا انه لما كان احد الاحتمالين صرفها الى من يليه من البطون
باخر الى الموت ولا يلزم منه تاخر الحكم بنفوذ الاستيلاد وهذا كلام صحيح الا ان عبارة المص تاباه لانه
على هذا التقدير لا يختص القيمة بمن يليه من البطون قطعًا فلا يتجه الاشكال المذكور في العبارة لان
احتمال اختصاص البطن الذي يليه بها انما يتجه اذا كان الاتلاف واقعًا حين اختصاصهم بالوقف
ولا يتحقق ذلك الا اذا كان الحكم بنفوذ الاستيلاد بعد الموت اما اذا حكمنا بنفوذه قبله فان الاختصاص
بالوقف ثابت للواطي حينئذ فايجاب القيمة عليه على هذا التقدير انما هو لتعلق حقوق الموقوف عليهم جميعًا
فكيف يحتمل اختصاص البطن الذي يليه بالقيمة ليكون فيه اشكال بل الظاهر ان الاستيلاد انما ينفذ
بعد الموت لامكان موت الولد قبل موت ابيه فلا يتحقق سبب العتق المقتضي لبطلان الوقف بعد تمامه ولزومه
نعم لا يبعد ان يقال ان الموت كاشف عن نفوذ الاستيلاد من حينه عملًا بظاهر النصوص من ان السبب هو الاستيلاد

دون شيء آخر لكن الحكم به موقوف على تحقق فائدة وهو حصول العتق بعد الموت وانما يكون ذلك مع بقاء الولد اذ لو
مات قبله لكان ابطال الوقف لمحض الملك لا للعتق المطلوب الا ان الاشكال في اختصاص البطن الذي عليه
لا يتجه وهذا اذا كان اهل الطبقة هو الواطي خاصة فلو كان معه شريك فهل يحكم بالقيمة من حين الاستيلاد
ام بعد الموت الظاهر الثاني لمثل ما قلناه وان خالف في ذلك شيخنا في شرح الارشاد ومما حققناه
يعلم انه لا فرق بين ان يكون ولد الموقوفة الموطوءة من اهل الوقف او لا في انها يعتق عليه بدخولها او بعضها
في ملكه كساير امهات الاولاد لان نفوذ الاستيلاد يقتضي دخولها في ملك الواطي وقد بينا انه بالموت
ينكشف نفوذه من حينه لوجود السبب كاملا وتحقق انتفاء المانع باستمرار بقاء الولد الى الموت ومتى
دخلت في ملك الواطي طلقا كانت ام ولد ومعلوم ان الملك بالوقف يمتنع معه العتق بالقرابة لنقصه ولانه
لم يحصل الملك الى وجه اللزوم والاستمرار كما سبق فعلى هذا ما ذكره الشارح عميد الدين ونقله عنه شيخنا
في شرح الارشاد من انه يعتق عليه اذا كان من اهل الوقف خيال ضعيف اذا عرفت ذلك فلو قلنا بنفوذ
الاستيلاد فالاصح لزوم القيمة بعد الموت يشتري بها ما يكون وقفا ويتعين من نصيب ولدها على كل حال
واعلم ان شيخنا الشهيد ذكر في شرح الارشاد انه يجب في نظير هذه المسألة وهي مسألة الجناية على العبد الموقوف
انه يجب ان يشتري بقيمته ما يساويه في الصفات بحسب الممكن فتراعى الذكورة والانوثة وغيرهما وهذا هو اللايح
من قولهم عبدا او شقص عبد لان حكمهم بان الوقف على جهة اذا انعطلت يصرف في وجوه البر كالمخالف
لهذا حيث لم يعتبروا ما تكون ومنع منه اقرب واشبه بجهة الوقف فيجب التنبيه له قوله ويجوز تزويج الموقوفة
ومهرها للموجودين اما جواز تزويجها فلانه عقد على بعض منافعها يجري مجرى الاجارة ولان فيه تحصينا لها
وهو غرض مطلوب ومنع منه بعض الشافعية لانها اذا حبلت منعت عن العمل وربما ماتت في الطلق واما ان
المهر للموجودين فلانه عوض منفعتها المختصة بهم فيكون عوضها كذلك ويتولى تزويجها الموقوف عليه ان قلنا
بانتقالها اليه وعلى الانتقال الى الله تعالى يزوجها الحاكم على الاصح لانه المتولي لمثل ذلك وقال الشيخ تزوج نفسها
وهو ضعيف والظاهر ان الموقوفة على جهة عامة كذلك ولو قلنا بان الوقف على ملك الواقف امكن القول
بانه يزوجها ونقل في التذكرة اعتبار اذن الموقوف عليه كما يعتبر اذن الواقف على القول بان الملك للموقوف عليه

٧٩

قوله فلو ولدها ان كان من مملوك او زنا او بعقد فهو للموجودين وقت الولادة على راي المتن ومن قوله
وكذا ولدها الى اخره للموجودين فيكون قوله ويختص به الموجودون مستدركا ويمكن ان يقال انه لا يتبادر
من قوله للموجودين الموجودون وقت الولادة فاعاده المسألة لبيان ذلك والراي هو مختار المصنف ووجهه
ان الولد نماء فهو كثمرة البستان وولد الدابة وقال ابن الجنيد انه يكون وقفا كامه
وقواه الشيخ لان كل ولد ذات رحم حكمه حكم امه كالمدبرة والمرهونة على قول وفي الكلية منع والاول اصح
من قوة قوله ولو كان من حر بوطي صحيح فالولد حر الا مع شرط الرقية لا ريب ان الولد يتبع حرية ابيه
اذا كان من وطي صحيح ولو شرط عليه رقيته ففي صحة الشرط قولان سياتيان ان شاء الله تعالى قوله ولو كان
بشبهة فالولد حر وعليه قيمته للموقوف عليهم اما انه حر فلان ولد الشبهة ينسب ويتابع لحال ابيه واما
لزوم القيمة فظاهر لانه فوت على الموقوف عليهم ولدا منه باستحقاقه وفيما ذا يصنع بالقيمة قولان
في الولد الرقيق احدهما انها تدفع الى الموجودين وقت الولادة لاختصاصهم بها والثاني انه يشتري بها
ما يكون وقفا قوله ولو وطئها الواقف فكالاجنبي لان الاصح انتقال الملك عن الواقف فيترتب على
وطئه ما يترتب على وطي الاجنبي وعلى القول بانه مالك فلا حد للشبهة وفي نفوذ الاستيلاد الخلاف
في استيلاد الراهن لتعلق حق الموقوف عليه بها وهذا اولى بالمنع قوله الفصل الثالث في اللواحق
لو وقف مسجدا على قوم باعيانهم كالفقهاء فالاقرب عدم التخصيص بخلاف المدرسة والرباط والمقبرة
الظاهر ان المراد انه اذا اشترط في الوقف اختصاص قوم باعيانهم بالمسجد فاما اذا وقف مسجدا على قوم
باعيانهم ولم يشترط اختصاصهم فانه لا مانع من نفوذ الوقف ويكون عاما فينبغي الحكم بصحته وانما قلنا
انه يكون عاما لان المسجدية تقتضي العموم لان وضع المسجد شرعا على انه المكان الموقوف للعبادة من
حيث هي عبادة من غير نظر الى متعبد وذكر قوم باعيانهم لا يدل على الاختصاص الا بالمفهوم المخالف
وهو لا يعارض ما دل عليه اللفظ بمنطوقه اما مع الاشتراط ففي صحة الشرط وجهان احدهما يصح عملا بعمومات
الكتاب والسنة اوفوا بالعقود المسلمون عند شروطهم الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها والثاني لا
لان ذلك مناف لمقتضى العقد فان وضع المسجد شرعا على ان يكون للعبادة عاما من غير ان يمنع منه احد وهذا

اصح فاذا شرط فهل يصح العقد ويبطل الشرط ام يبطلان معًا الظاهر من العبارة الاول لان الوقف تبرع على
كل حال فلا يفوت الرضا به بفوات الشرط وفيه منع ظاهر لان الاغراض تختلف والاصح الثاني وهذا الخلاف
المدرسة والرباط والمقبرة اذ لم يكن وضع شي من ذلك شرعًا على العموم فيجوز اشتراط الاختصاص
في كل منهما وقد نقل الشارح الفاضل الاجماع على ذلك في المدرسة والرباط قوله ولو وقف في
سبيل الله انصرف الى ما يتقرب به الى الله تع كالجهاد والحج والعمرة وبناء القناطر وعمارة المساجد
هذا هو المشهور بين الاصحاب لان المفهوم من سبيل الله كلما يتقرب به الى الله تع نص عليه الشيخ وغيره وقال
ابن حمزة ان سبيل الله المجاهدون وقال الشيخ في الخلاف ان الموقوف في سبيل الله يجعل بعضه للغزاة
المطوعة دون العسكر العامل على باب السلطان وبعضه في الحج والعمرة لانهما من سبيل الله والعمل على المشهور
واستعمال سبيل الله في الجهاد كثيرا لا يمنع من وقوعه على غيره حقيقة قوله وكذا لو قال في سبيل الله
وسبيل الخير وسبيل الثواب ولا يجب القسمة اثلاثا ه اي وكذا يصرف الوقف في سبيل الله وسبيل الخير
وسبيل الثواب الى كل قربة يتقرب بها الى الله تع وقيل يصرف ثلثه الى الغزاة والحج والعمرة وثلثه
الى الفقراء والمساكين ويبدأ باقاربه وهو سبيل الثواب وثلثه الى خمسة اصناف من الذين ذكرهم الله
تع في آية الصدقة وهم الفقراء والمساكين وابن السبيل والغارمون الذين اذا استدانوا المصلحة انفسهم
والرقاب وهم المكاتبون قال الشيخ في المبسوط بعد ذكر هذا ولو قيل ان هذه الثلثة اصناف متداخلة لكان
قويا لان سبيل الله وسبيل الثواب وسبيل الخير يشترك الجميع فيه وهو الاصح وقد اشار المص بقوله ولا
تجب القسمة اثلاثا الى رد هذا القول قوله واذا وقف على اولاده اشترك البنون والبنات والخناثى
لصدق الاولاد على كل منهم فان كلا من البنت والخنثى ولد قطعًا قوله ولا يدخل الحفدة على راي الا مع
قرينة الارادة مثل ان يقول والاعلى يفضل على الاسفل او قال الاعلى فالاعلى او قال وقف على اولادي ولا
وليس له ولد للصلب كما لو قال وقفت على اولاد هاشم لا يخفى ان الحفدة اولاد الاولاد وقد اختلف الاصحاب في
تناول لفظ الاولاد لهم فمنعه الشيخ لان الولد حقيقة في ولد الصلب المتكون من النطفة المتولد منها ومجاز
في ولد الولد بدليل انه يصح سلبه عنه فيقال انه ليس بولدي بل ولد ولدي وصحة النفي دليل المجاز ولظاهر قوله

تع ووصى بها ابرهيم بنيه ويعقوب في قراءة النصب ولا يرد انه من عطف الخاص على العام لان الحال اذا دار
بين التاسيس والتاكيد فالتاسيس خير وقال المفيد وابن البراج وابو الصلاح وابن ادريس بتناولهم
لشمول اسم الولد لولد الصلب وولد الولد بدليل قوله تع يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين
فان اولاد الولد داخلون قطعًا وكذا قوله تع ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان
له ولد وكذا قوله تع حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم وغير ذلك من الاستعمالات الكثيرة ويضعف
بانهم اذا ادعوا شمول حقيقة لولد الولد بطريق الحقيقة فهو مردود بعد ما بيناه من صحة السلب ولانه لو كان
حقيقة في هذا المعنى ايضًا لزم الاشتراك والمجاز خير منه وان اريد انه بطريق المجاز لم يثبت مدعاهم
وفصل المص هنا وفي المختلف بانه ان وجد قرينة دخل ولد الولد والا فلا وهو الاصح وهذا في الحقيقة
اختيار لقول الشيخ للقطع بوجوب الحمل على المجاز مع القرينة وذكر المص لوجود القرينة ثلث صور
منها ان يقول بعد فقفت على اولادي والاعلى يفضل على الاسفل فان ذلك دليل على دخول الاسفل
لامتناع التفضيل من دون الاشتراك ومثله الاعلى فالاعلى ومثله ان يقف على اولاد فلان وهو يعلم انه
ليس له ولد لصلبه فان الظاهر انه انما يريد حفدته ونحو ذلك قوله ولو قال وقفت على اولادي واولاد
اولادي اختص بالبطنين الاولين على راي هذا راي الشيخ بناء على عدم شمول الولد لولد الولد حقيقة
وعلى القول الاخر فهو شامل لجميع البطون لاندراجه في كل من لفظي اولادي واولاد اولادي والاصح الاختصاص
قوله ولو قال على اولاد اولادي اشترك اولاد البنين والبنات بالسوية اما الاشتراك فلصدق
اولاد الاولاد على كل من الصنفين واما كونه بالسوية فلان الاصل عدم التفاضل مع اشتراكهم في سبب
الاستحقاق واستواء نسبتهم اليه قوله ولو قال على من انتسب الي لم يدخل اولاد البنات على راي خلافا
مع المرتضى وابن ادريس والاصح عدم الدخول قوله ولا يدخل تحت الولد الجنين الا بعد انفصاله حيًّا
لان الاحكام انما تجري بالنسبة بعد الانفصال قوله ولا يدخل الخناثى تحت البنين والبنات الا مع الجمع
لو وقف على البنين لم يدخل الخناثى لعدم العلم بكون الخنثى ابنًا وكذا لو وقف على البنات ولو جمع بينهما
بان وقف عليهما ففي دخول الخناثى قولان احدهما عدم الدخول واختاره المص في التحرير لان الخنثى لا يعد من واحد

من الصنفين واصحهما وهو مختاره هنا الدخول لانه لا يخرج عنهما فانه يجب في التوائم اما ذكرا وانثى ولهذا تستخرج
ذكورية وانوثته بالعلامات وبدونها نورث نصف النصيبين ولو كان صنفا برأسه كان له حكم برأسه اصالة
قوله ولو قال على ذريتي وعقبي او نسلي دخل الاحفاد من اولاد البنين والبنات لصدق اسم الذرية
والعقب والنسل على الجميع قوله ولو قال على اولادي واولاد اولادي فهو للتشريك ولا يختص الاقرب
الا بالشرط وذلك لان واو العطف انما يدل على الجمع المطلق بحيث كان الوقف على الجميع وجب القول
بالتشريك لانتفاء دليل الترتيب قوله ولو عطف بثم او الفاء اقتضى الترتيب ولذا لو قال الاعلى فالاعلى
ولا يستحق البطن الثاني شيئا حتى ينقرض الاول اجمع فلو بقي واحد كان الجميع له اما ثم والفاء فلانهما
بالوضع على الترتيب وكذا الاعلى فالاعلى لان المراد الاعلى مطلقا وبعده الاعلى من الباقين وهكذا ومقتضى
ذلك عدم استحقاق الاسفل شيئا ما لم ينقرض الاعلى اجمع فان المفهوم من هذا اللفظ في الاستعمال التابع
موذلك قوله ولو قال وقفت على اولادي واولادهم ما تعاقبوا على ان من مات منهم عن ولد فلولده نصيبه
اقتضى الترتيب بين الادنى ووالده والتشريك بين الولد وعمه اي لو وقف كذلك اقتضى ان لا يستحق الولد
شيئا في حيوة ابيه وانما يستحق مع عمه ووجهه ان المتبادر من اللفظ ان على وما في خبره لبيان استحقاقه
الذي اقتضاه اصل الوقف وليس استحقاقا آخر غير الاول فان المفهوم من ذلك ان الوقف على الاولاد
الاولاد وجعلهم ذوي استحقاق انما هو على هذا الوجه المعين على انه لو لم يتبادر من اللفظ لكان اللفظ محتملا
للامرين فينتفي الاستحقاق الآخر بالاصل ولان اثبات استحقاقين لاولاد الاولاد واحد للاولاد خلاف الظاهر
من مراد الوقف فح اذا مات الاب شارك ولده عميه بنصيب والده قوله ولو رتب البعض وشرك البعض
شرك فيمن شرك بينهم ورتب فيمن رتب كقوله وقفت على اولادي ثم على اولاد اولادي واولادهم ما تعاقبوا
وتناسلوا او وقفت على اولادي واولاد اولادي ثم على اولادهم ما تعاقبوا الاعلى فالاعلى اذا جمع الواقف
بين الترتيب والتشريك في الوقف اتبع ما فعل فان ابدا بالترتيب ثم شرك او عكس كان ما فعله ماضيا لعموم
الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها قوله ولو قال وقفت على اولادي الثلثة وان من مات منهم عن ولد فنصيبه
لهما ولو مات الثاني عن غير ولد فنصيبه بين الثالث والولدين اثلاثا ثم ان مات احد الولدين على غير ولد فنصيبه

لاخيه

لاخيه وعمه اذا كان له اولاد ثلثة فوقف عليهم على ان من مات منهم على ولد فنصيبه لولده ومن مات عن غير ولد
فنصيبه لاهل الوقف صح ووجب اتباع الشرط لعدم المنافاة فلو مات احدهم عن ولدين فنصيبه لهما بمقتضى
الشرط ولو مات الثاني عن غير ولد فنصيبه لاهل الوقف كما شرط الواقف وهم الولد الثالث للصلب وولد الميت
الاول فيقتسمونه اثلاثا لانتفاء المقتضي للتفضيل ثم انه اذا بلغ الامر ذلك لو مات احد الولدين عن غير ولد
كان نصيبه للموجودين اعني اخاه وعمه لانحصار اهل الوقف فيهما قوله ولو مات احد الثلثة عن غير ولد
وخلف اخويه وابني اخ له فنصيبه لاخويه خاصة فان مات ابوهما صار نصيبه لهما وصار ما خلفه الاول
اثلاثا اه اي لو وقف على اولاده الثلثة على الصورة المفروضة سابقا ومات احدهم على غير ولد بخلاف
ما ذكر في الفرض الاول وخلف اخويه ولاحد الاخوين ابنان فنصيبه لاخويه خاصة بمقتضى شرط الواقف
لانحصار اهل الوقف فيهما وليس لابني الاخ شيء لانهما ليسا من اهل الوقف فان مات ابوهما صار نصيبه الذي
استحقه قبل موت اخيه الاول لهما خاصة بمقتضى شرط الواقف واما نصيب الاول فانه يصير بين الابنين مات م
وبين عمهما الباقي اثلاثا لانهم اهل الوقف وقد شرط الواقف ان من مات عن غير ولد يكون نصيبه لاهل
الوقف ولم يقيد اهل الوقف بكونهم الموجودين وقت موته فلا فرق بين كونهم اهل الوقف حين موته اولا
في اشتراكهم في حصة الميت عن غير ولد وكذا نقول في المرتبة الثانية من مات عن غير ولد فللباقين من اهل
الوقف حصته دون ما له من كان ذا ولد منهم فاذا مات ابو الولد استحق حصته التي كانت له قبل موت الاول
خاصة وشارك الباقين في حصة الاول لانه قول الواقف من مات منهم عن ولد فنصيبه لولده شامل
لما استحقه الميت الثاني بموت اخيه الاول من نصيبه لصدق النصيب على جميع استحقاقه وذلك من جملته
لانا نقول قوله من مات منهم عن غير ولد فنصيبه لاهل الوقف يدافعه فلا بد ان يحمل نصيب كل منهما على ما استحقه
من دون موت غيره حذرا من التدافع قوله ولو قال وقفت على اولادي على ان يكون للبنات الف والباقي
للذكور لم يستحق الذكور شيئا حتى يستوفي البنات عملا بالشرط الصحيح الذي لا يخالف الكتاب والسنة
قوله ولو شرط اخراج بعضهم بصفة او رده بها جاز كقوله من تزوج منهن فلا نصيب له فلو تزوجت سقط
نصيبها فان طلقت عاد اه اي لو شرط اخراج بعض الموقوف عليهم بصفة كالغنى والتزوج او شرط رده بصفة جاز

لوجوب اتباع الشرط الذي لا ينافي مقتضى العقد فلو وقف على بناته على ان من تزوج منهن فلا نصيب لها فتزوجت
احديهن سقط نصيبها فان طلقت بائنًا استحقت لان الوقف عليها ثابت دل جميع الاحوال والازمان فاذا اخرج
منه زمان الزوجية بقي الباقي على شموله واطلاق عبارته يقتضي عدم الفرق بين كون الموقوف عليهن بناته
او امهات اولاده حيث يصح الوقف عليهن بان اعتقهن ثم وقف كذلك او اوصى كذلك بعد موته وفرق
في التذكرة بينهما اذا وقف على بناته الارامل وامهات اولاده الا من تزوج منهن فحكم بان من تزوجت من
امهات الاولاد خرجت عن الاستحقاق ولا يعود استحقاقها اذا طلقت بخلاف البنات ووجه الفرق بامرين
احدهما من جهة اللفظ حيث اثبت الاستحقاق لبناته الارامل فان من طلقت منهن حصلت الصفة فيها وفي
امهات الاولاد اثبت الاستحقاق الا ان يتزوج وهذه وان طلقت صدق عليها انها تزوجت الثاني من جهة
المعنى فان غرض الواقف هنا ان تفي له امهات الاولاد ولا يخلفه عليهن غيره فمن تزوجت منهن لم يكن وافية طلقت
او لم تطلق ولا يخفى ان الوجه الثاني من وجهين الفرق يقتضي الفرق بين البنات وامهات الاولاد في ذلك
وان وقف عليهن واستثنى من تزوجت ولقائل ان يقول ان علم من قصد الواقف ما يقتضي الاستحقاق
او عدمه بزوال الصفة او عودها فلا بحث في وجوب اتباعه وان لم يعلم ذلك فان عم الاحوال في صيغة
الوقف كان وقف عليهن في جميع الاحوال الا حال الزوجية فوجه العود وجيه وان استثنى المزوجة
والمطلق فعدم الاستحقاق بالاطلاق بعيد وقريب منه ما لو شرط في الاستحقاق عدم التزوج لان من خرجت
عن الاستحقاق بانتفاء الشرط لا دليل على عودها فان عموم الاحوال منتف هنا وتردد في الدروس في ذلك
وحكى قولًا بالفرق بين اشتراط عدم التزوج واستثناء المزوجة وان المستثناة يسقط حقها بالكلية قوله
وان كان رجعيًا على اشكال اي عاد استحقاقها وان كان الطلاق رجعيًا ومنشأ الاشكال من انها في حكم
الزوجة ولهذا تجب نفقتها وترث ومن انها مطلقة والطلاق يقتضي رفع النكاح ولصدق انها ليست بزوجة
بل مطلقة وصحة السلب دليل المجاز وفيه نظر لانه ليس كل طلاق يقتضي رفع النكاح ولهذا لا تجوز الخامسة
ولا اخت المطلقة ويمنع صحة السلب ولان استصحاب الحال يقتضي استمرار منع الاستحقاق الى البينونة
والتحقيق ان الطلاق الرجعي معد النكاح للزوال بانقضاء العدة وليس مزيلا له في الحال فعدم الاستحقاق بمجرد الطلاق

اقول قوله واذا وقف على الفقراء انصرف الى فقراء البلد ومن يحضره ولو غاب احدهم لم يجب التربص به
بل يجوز قسمته على غيره قد حققنا فيما مضى ان الوقف على الفقراء ليس وقفًا على الاشخاص بل هو وقف على
جهة مخصوصة وبعض مصرفها من كان فقيرًا وذكرنا انه يجب صرفه الى من حضر البلد الذي فيه الوقف ولا يتبع
من كان غائبًا عنه لو رواية النوفلي والسابق الى الفهم من قول المص انصرف الى فقراء البلد ومن يحضره خلاف
ذلك من حيث انه يؤذن بان اصل الوقف ينصرف اليهم وليس مراد افتقد حقق المص ذلك في التذكرة
وانما المراد انصراف نماء الوقف الى من حضر البلد من الفقراء قوله والاقرب انه لا يجوز الدفع الى اقل
من ثلثة وكذا على كل قبيلة منتشرة وجه القرب ان اقل الجمع ثلثة عند المحققين ويلوح من كلام المص ان
مقابل الاقرب هو جواز الاكتفاء باثنين بناء على انهما اقل الجمع واقول انه يحتمل الاكتفاء بواحد لان
الوقف انما هو على الجهة والمذكورون من المنتشرين مصرف لهم كما حققنا على انه لو اريد ظاهر اللفظ
لوجب ان لا يكتفي بثلثة لان المذكور جمع معرف باللام وهو للعموم فيجب التتبع ما امكن وهذا الاحتمال
يلوح من عبارة الشارح الفاضل ولد المص واعتبار الثلثة طريق البراءة فلو لم يكن في البلد ثلثة كملوا
من خارجه وهذا الحكم عام في كل قبيلة منتشرين قوله اما المنحصر فيجب التسوية والاستيعاب فيهم
اما الاستيعاب فلان الوقف على اشخاص معينين فينتقل اليهم الموقوف فلا بد من صرف النماء الى الجميع
لثبوت الاستحقاق لكل واحد واما التسوية فلان الاصل مع الاشتراك واستواء نسبة الجميع الى سبب
الاستحقاق وعدم التفاضل وهذا يشعر بان المنتشرين لا يجب التسوية فيهم ووجهه انهم مصرف لنماء الوقف
فكانوا كالفقراء في الزكوة قوله ولو امكن في ابتداء الوقف استيعابهم ثم انتشروا فالاقرب وجوب
التعميم فيمن يمكن والتسوية لان الواقف اراد التسوية والتعميم لامكانه فاذا تعذر بعد ذلك وجب العمل
بما امكن بخلاف المنتشرين ابتداء قد بين المص وجه القرب بان الواقف اراد التسوية والتعميم لامكانه اي
لامكان كل واحد منهما وتعذره بعد ذلك لا يسقط العمل بالممكن اذ لا يسقط الميسور بالمعسور وانما اراد الواقف
ذلك لانه وقف عليهم بحسب حالهم في الابتداء وفيه نظر لان حكم الوقف يختلف بالنسبة الى المحصورين والمنتشرين
في نظر الشارع فاذا جمع الواقف بين القبيلتين اعطى كل حكمه علم الحال او لم يعلم ولان المنتشرين لا يقع الوقف على

اشخاصهم والاصالة براءة الذمة من وجوب التسوية والعموم بحسب الامكان ولان ترك الاستفصال
في رواية علي بن سليمان النوفلي عن كون الموقوف عليهم منتشرين ابتداء ام لا مع انه حكاية الحال فيها محتملة
للامرين دليل وعدم وجوب التعميم والتسوية في المنتشرين مطلقًا اقوى وما قربه المص احوط قوله ولو وقف
على مستحق الزكوة فرق في الثمانية واعطوا كما يعطون هناك فيعطى الفقير والمسكين ما يتم به غناه والغارم
قدر الدين والمكاتب ما يؤدي به الكتابة وابن السبيل ما يبلغه والغازي ما يحتاج اليه لغزوه وان كان غنيا
لا ريب انه اذا وقف على مستحقي الزكوة استحقه الاصناف الثمانية عملا بمقتضى الوقف لكن هل يجب تفريقه في
الاصناف الثمانية ام يكفي صرف الجميع الى بعض الاصناف ذكر شيخنا في الدروس فيه قولان بل مبنيان على
ان عدد الاصناف محصور وان تعدد الاشخاص فيجب الاستيعاب في المحصور عملا بشرط الواقف
وان انحصار عدد الاصناف لا يؤثر لان الموقوف عليهم منشرون فلا يجب التعميم وكل منهما محتمل ثم انما الذي
يعطى الفقير والمسكين يعطيان غناهما ام مؤنة سنتهما قولان ايضًا ذكرهما في الدروس وعبارة المص
محتملة للامرين وان كانت اقرب الى الاول وفيه قوة لان ذلك حكم الزكوة والاصالة الجواز لوجود المقتضي
وانتفاء دليل التقدير ولا ريب في جواز اعطاء المؤلفة وليس ذلك وقفًا على الكافر بل في الحقيقة من
مصالح الاسلام والمسلمين وانما تعرض الى الغارمين ومن بعدهم لان حكم غيرهم ظاهر لان العاملين عليها
انما يعطون اجرتهم والعبيد تحت الشدة انما يشترون بثمن المثل وحكم المؤلفة منوط بنظر الامام او نائبه
قوله ولو وقف على من يجوز الوقف عليه ثم على من لا يجوز فهو منقطع الانتهاء يرجع الى ورثته ميراثا بعد
انقراض من يجوز الوقف عليه قد حققنا فيما مضى ان الوقف يشترط فيه التابيد فاذا وقف على من يجوز
الوقف عليه ثم على من لا يجوز فهو وقف منقطع الانتهاء وقد بينا حكم الصحة والفساد وبالنسبة اليه فيما
تقدم واختلاف الفقهاء في حكمه على تقدير الصحة والفساد وبالنسبة اليه فيما تقدم واذا انقرض من يجوز
الوقف عليه وحققنا انه يصح حبسًا فاذا انقرض من يجوز الوقف عليه فهو للواقف او وارثه قوله ولو انعكس
فهو منقطع الابتداء وفيه قولان فان قلنا بالصحة فان كان الاول ممن لا يمكن اعتبار انقراضه كالميت والمجهول
والكنائس صرف في الحال الى من يجوز الوقف عليه وان امكن اعتبار انقراضه كالعبد والحربي ففي الانتقال

في الحال

في الحال او بعد الانقراض احتمال وكذا البحث اذا كان صحيح الطرفين منقطع الوسط او بالعكس قد سبق
ان منقطع الابتداء باعتبار الصحة والفساد للاصحاب قولين اصحهما البطلان وعلى الصحة فهل يصرف
حاصل الوقف في الحال الى من يصح الوقف عليه ام يعتبر فيه انقراض من لا يصح الوقف عليه ان كان ممن يمكن
اعتبار انقراضه فيه احتمالان وبالاول قال الشيخ في المبسوط وهو الاصح تفريعًا على القول بالصحة
لان الوقف الصحيح يقتضي النقل الى الموقوف عليه والمبدو به يمتنع فيه ذلك فوجب ان ينتقل الى من
بعده والا لم يكن صحيحًا ولامتناع بقائه على ملك الواقف على ذلك التقدير والا لم ينتقل بعد ذلك
ولامتناع ان يكون الملك بغير مالك ولانه لم يكن المبدو به اهل الوقف كان ذكره لغوًا وحكى الشيخ
الاحتمال الثاني قولا لقوم ووجهه ان الواقف لم يجعل لمن يصح الوقف عليه شيئا الا بعد انقراض
من قبله فيصرف الى الفقراء والمساكين مدة بقاء الموقوف عليه اولا والشرط متبع ويضعف بان ذلك
مقتضى الوقف عليه ولما لم يصح لم يثبت مقتضاه لانه تابع اما ما لا يمكن اعتبار انقراضه فلا اثر لذكره
وينتقل الوقف في الحال الى من يصح الوقف عليه قولا واحدًا ومثل هذا آت في صحيح الطرفين منقطع الوسط
وعكسه قوله ولو وقف المريض على ابنه وابنته ولا وارث غيرهما دارا هي تركته فان اجاز الورثة
والاصح الثلث وقفا بينهما بالسوية على ما شرط والباقي طلقا وكذا لو وقف على وارثه الواحد جميع تركته
كان لازما من الاصل مع الاجازة ومع عدمها من الثلث ويصح من ثمانية عشر للابن ثلثه وقفا وثمانية
ملكا وللبنت ثلثه وقفا واربعه ملكا ن اي لو وقف المريض في مرض موته على ابنه وبنته ولا وارث غيرهما
دارا هي تركته وقيد بكون الوقف دفعة للاحتراز عما لو وقف على التعاقب فان السابق ينفذ من الثلث دارا هي تركته
فلو ملك غيرها لم يتحقق ما ذكره لان الثلث يزيد فاما ان يجيزا معًا او يردا او يجيز الابن دون البنت
او بالعكس فان اجازا فلا بحث وان رداه معًا وهو المراد بقوله والا صح الثلث وقفا بينهما بالسوية الى ولا
يخفى انه اعم من ذلك لان عدم اجازتهما يتضمن صورتين لكن المراد ظاهر فاذا ردا لم يصح تصرفه فيما زاد على
الثلث لان الوقف وان كان تمليكًا لهما لكنه تمليك على وجه ناقص يتضمن الحجر والمنع من التصرف فيصح الثلث
وقفا بينهما بالسوية على مقتضى الشرط ويبقى الباقي طلقا ويصح المسئلة من ثمانية عشر وذلك لانه لا بد من عدد له

ثلث وثلثه نصف ليكون الثلث وقفا بينهما بالسوية وما يبقى منه وهو الثلثان لابد ان يقسم اثلاثا فيضرب
مخرج الثلث في مخرج النصف لتباينهما والمرتفع في الاصل وهو ثلثة فيبلغ ما ذكره ستة بينهما وقفا بالسوية
وثمانية للابن ملكا واربعة للبنت كذلك وكذا لو وقف على وارثه الواحد جميع تركته فانه مع الاجازة لا
يصح الا الثلث لما قلناه من ان الوقف ملك ناقص ومما ذكرناه يعلم ان قوله ويصح من ثمانية عشر حكم مسئلة
الابن والبنت اذا ردا وما بينهما معترض وفي قوله ومع عدمها من الثلث توسع لانه لا يصح الوقف الا
في الثلث ولا يصح من الثلث ولو اجازت البنت ورد الابن فللبنت سبعة وقفا وللابن ثلثه وقفا وثمانية
طلقا ولو انعكس فللبنت اربعة طلقا وخمسة وقفا وللابن الباقي وقفا ولم يذكرهما المص قوله ولو اختار
الابن ابطال التسوية دون ابطال الوقف في التسع ملكا وللبنت السدس وللتسعان وقفا ان اجازت
الوقف ايضا لان الابن ابطال الوقف فيما له دون ما لغيره اي لو اختار الابن والصورة بحالها ابطال
التسوية دون ابطال الوقف وجب ابطال الوقف في التسع وامضاؤه فيما عدا ذلك بالنسبة اليه وذلك لان
الوقف ماض في الثلث من غير اعتبار رضي الوارث فالباقي على تقدير نفوذ الوقف فيه للابن نصفه وعلى
تقدير عدم التسوية له ثلثاه فيكون ابطال التسوية مقتضيا لابطال الوقف فيما به التفاوت وهو تسع الاصل
فيكون للابن النصف وقفا والتسع ملكا والباقي للبنت وقفا ان اجازت والا فلها السدس وقفا والتسعان
ملكا لان الابن انما يملك ابطال الوقف فيما له دون ما لغيره وفي وجه ان للابن ح ابطال الوقف في السدس
فيكون له النصف وقفا والتسع ملكا وللبنت الثلث وقفا ونصف التسع ملكا لئلا تزداد البنت على الابن
في الوقف وليس بشيء والمسئلة من ثمانية عشر ايضا واعلم ان قوله لان للابن لخ تعليل لقوله وللبنت
السدس والتسعان وقفا ان اجازت قوله ولو قال وقفت على زيد والمساكين فلزيد النصف ولو قال على
زيد وعمرو والمساكين فلزيد وعمرو ثلثان وجهه ان العطف بالواو اقتضى الاشتراك في الوقف بين الامور
المتعاطفة والاصل عدم التفاضل ولاستواء نسبة الجميع الى العقد فلا اولوية قوله ولو وقف على مواليه
صرف الى الموجودين من الاعلى او الادون فان اجتمعا فالى من يعين منهما فان اطلق فالاقرب البطلان وقيل
بالتشريك اسم المولى يقع على السيد الذي اعتق عبده ويقال له بالنسبة الى العتق المولى من اعلى وعلى العبد الذي

فلا اولوية

اعتقه سيده

اعتقه سيده ويقال له المولى من اسفل بالاشتراك فاذا وقف على مولاه او مواليه وليس له الا احدهما فالوقف
على الموجود لوجود ما يحمل عليه اللفظ حقيقة ولو اجتمع الصنفان فوقف كذلك فان كان هناك قرينة
تدل على ارادة احدهما او كليهما عمل بها وان انتفت القراين رجع الى تفسيره لانه اعلم بما اراد فان تعذر
الرجوع اليه اطلقت اللفظ ولم ادر غيره مدلوله من غير قصد واحد منهما فللاصحاب قولان احدهما البطلان
وهو مقرب المص هنا وفي التذكرة لان المشترك لا يستعمل في معنييه الا بطريق المجاز كما حقق في الاصول
فانما وضع لكل منهما على سبيل البدل والاستعمال المجازي موقوف على صرف اللفظ الى المعنى المجازي
ولا يصرف اليه عند الاطلاق وقال الشيخ في المبسوط وابن ادريس يصرف اليهما كالاخوة وهو الذي
اراده المص بقوله وقيل بالتشريك وهو ضعيف لان لفظ الاخوة بالنسبة موضوع لمعنى يقع على المتقرب
بالابوين وباحدهما على سبيل التواطي بخلاف المولى فانه مشترك نعم يتجه ذلك على القول بجوازه في الاصول
وقال ابن حمزة ان المولى يختص بمولى نفسه دون مولى ابيه وبمولاه الذي اعتقه دون مولى نعمته الا اذا
لم يكن مولى عتيق وكان له مولى نعمة وان كان الوقف على مواليه بلفظ الجمع دخل فيه مولى القرابة ومولى النعمة
ووافقه المص في المختلف على ما ذكره الوقف بلفظ الجمع لان الجمع المضاف للعموم فيستغرق كل ما يصلح له
وبعض من منع استعمال المشترك في كلا معنييه جوزه في الجمع لذلك ويشكل بان تعريف العموم مترتب على
مذاهب القوم في جواز استعمال المشترك في معنييه بطريق الحقيقة فمن جوزه اكتفى في تعريف العام بانه
اللفظ الجميع ما يصلح له ومن منع زاد فيه بوضع واحد ليخرج المشترك وح فلا فرق بين المفرد والجمع و
الاصح البطلان مطلقا قوله ولو وقف على اولاده فاذا انقرضوا وانقرض اولاد اولاده فعلى الفقراء قيل
يصرف بعد اولاده الى اولاد اولاده وليس بمعتمد بل يكون منقطع الوسط اي لو وقف على اولاده ولم يذكر
اولاد اولاده لكن اعتبر انقراضهم في الوقف على الفقراء فقد قيل بان الوقف بعد اولاده يصرف الى اولاد اولاده
والقايل بذلك وهو الشيخ في المبسوط محتجا بان الواقف شرط انقراضهم وذلك بظاهره يقتضي انه وقف
عليهم فهو كما لو صرح به فيصرف اليهم بعد الاولاد وهو في المختلف بانتفاء دلالة اللفظ على ذلك بشيء من
الدلالات اما المطابقة والتضمن فظاهر واما الالتزام فلان اللفظ صالح لتقييده بالصرف اليهم وعدمه

ولا دلالة للعام على الخاص ولا يلزم من اشتراط انقراضهم كونه وقفا عليهم لانتفاء وجه التلازم على انه لو دل
ذلك على الوقف عليهم لوجب التشريك بينهم وبين الاولاد لانتفاء ما يقتضي الترتيب وهو لا يقول به
لا يقال ان اشتراط انقراض اولاد الاولاد دليل على تناول الاولاد لاولاد الصلب حقيقة ولولد الولد مجازا
واستعمال اللفظ الواحد في حقيقته ومجازه معا بالقرينة جايز وانما قلنا ان الاشتراط دليل على ذلك
لانه لولاه لكان ذكره لغوا ولانه يقتضي خروج الوقف عن الدوام والاتصال والواجب صيانة لفظ المسلم
عن اللغو والفساد ما امكن لانا نقول نمنع لزوم كونه لغوا على ذلك التقدير وفايدته عدم استحقاق الفقراء
الا بعد انقراضهم ولزوم عدم دوام الوقف واتصاله غير كاف في الحمل على المجاز ثم انه لو اريد بالاولاد اولاد
الصلب وغيرهم لكان قوله وانقراض اولاد الاولاد بعد قوله فاذا انقرضوا تكرارا لان الضمير في انقرضوا
يعود الى الجميع فاستيناف قوله وانقرض اولاد الاولاد مشعر بان ما قبله لم يتناولهم بل هذا آت على القول
بصدق الاولاد على اولاد الاولاد حقيقة كالمفيد ومن تابعه فلا يكون الحمل على اولاد الاولاد هنا عن
خاليا من البحث وان كان المتبادر من قول الشارح الفاضل وشيخنا الشهيد في شرح الارشاد خلاف
ذلك اذا تقرر ذلك فالمختار عند المص وهو الاصح عدم اندراج اولاد الاولاد في الوقف وعدم استحقاقهم
فيكون الوقف منقطع الوسط فيجري فيه احتمالا الصحة والبطلان على ما تقتضيه كلام المص السابق وعلى
الصحة ففي مصرفه بعد انقراض الاولاد تردد اشار اليه المص بقوله فاذا انقرض اولاد اولاده عاد الى الفقراء
والنماء قبل انقراض اولاد اولاده لورثة الواقف على اشكال ولا يخفى انه على القول بعدم انتقال الوقف
عن الواقف يكون لورثة الواقف وعلى القول بانتقاله الى الله تع يكون في وجوه البر وعلى القول بانتقاله
الى الموقوف عليه يتجه الاشكال ومنشاؤه من انتقال الوقف عن الواقف فلا يعود اليه فلا يستحق ورثته
فيه شيئا فيكون لورثة البطن الاول لانتقاله اليه وعدم انتقاله عنه الى الفقراء ومن ان الوقف في حكم
ملك الواقف لان البطن الثاني انما يتلقى منه وبموت البطن الاول زال ملكه وليس ثم موقوف عليه غيره
ويمتنع بقاء الملك بغير مالك فيكون لورثة الواقف وفي كل من الوجهين نظر اما الاول فلان ورثة البطن
الاول يمتنع استحقاقهم بالوقف لانتفاء المقتضي وبالارث لان الوقف لا يورث ولانقطاع ملك مورثهم من الوقف

بموته

بموته فكيف يورث عنه ما ليس ملكه واما الثاني فلخروج الملك عن الواقف فكيف يورث عنه وتلقي البطن
الثاني منه بمقتضى العقد حيث انه اخرجه عنه على هذا الوجه حين ايقاعه لا يقتضي كونه مالكا وقت
تجدده فان اريد بكونه في حكم ملكه هذا المعنى لم يستحق وارثه شيئا وان اريد عود الملك اليه ثم
انتقاله فهو باطل والذي يقتضيه صحيح النظر بطلان هذا الوقف لمنافاة الشرط المذكور لما
يقتضيه الوقف من الدوام فيتجه ان يصح في المرتبة الاولى حبسا كما في سوقي المنقطع الآخر قوله
وليس له غرس شجرة في المسجد لنفسه وهل له ذلك للوقف وتصرفا فيه على نهج التصرف في الملك
واما وجه القرب مع التضرر في الشق الثاني فظاهر ويحتمل ضعيفا الجواز لان فيه مصلحة للوقف واما
وجه الجواز مع عدم التضرر فلانه مصلحة والفرض خلوه عن التضرر فلا منع للوجه والاصح عدم الجواز
على حال من الاحوال لان المسجد للعبادة وشغل المغرس بالمغرس مانع من الغرض المطلوب من الصلوة و
ساير العبادات وفيه ايذاء للمصلين بسقوط ورق الشجرة في المسجد ورمي ثمرها وتعريض لسقوط
الطيور عليها وبولها في المسجد وربما اجتمع الصبيان من اجلها ورموها بالحجارة ليسقط ثمرها قال
في التذكرة وقد روي في اخبارنا انه من غرس في المسجد شجرة فكانما ربط فيه خنزيرا ولو نبتت الشجرة
بنفسها فهي تقلعها وجوبا او جوازا وعدمه اشكال ولو جعل ارضا فيها شجرة مسجدا اقرت فيه لسبق
حق الملك ولا يدخل في الوقف الا مع الاشتراط ولا تكلف تفريغ الارض لان الوقف انما وقع كذلك
قوله والفاضل من حصر المسجد والاته يصرف في مسجد آخر بخلاف المشاهد ربما فرق بين المساجد
والمشاهد بان الغرض من المساجد وما يجعل فيها اقامة شعاير الدين وفعل العبادات فيها وهذا
لغرض لا يختلف فيه المساجد واما المشاهد المقدسة فان الغرض من كل واحد منها غير الغرض مما
سواه فان المقصود تعظيم القبر الشريف ببناء مشهده ومعونة سدنته وزواره فكيف الوقف على كل
احد منها وقفا على سبيل خاص فلا يتجاوزه شرط الواقف وللنظر في هذا الفرق مجال الا ان الاصحاب
ذكروه واجوز صرف الفاضل من الات مسجد في مسجد آخر ولا وجه لالحاق المشاهد بها في ذلك قوله
ويصح قسمة الوقف من الطلق الا ان يتضمن ردا الى الطلق منه لان ذلك يستدعي خروج بعض الوقف عن حكمه

ومقتضى العبارة الجواز اذا اقتضت القسمة ردًا من جانب اصحاب الوقف لانه يكون شراء الشيء من الطلق ولا
مانع له وقد صرح به في التذكرة وهو حق وعبارة التذكرة قد توهم في عكسه الجواز ولين تحيد قوله
وهل يجوز قسمة الوقف على نفرين الاقرب المنع مع اتحاد الواقف والموقوف عليه وجه القرب انه
يتضمن تغيير الوقف فانه انما وقع على هذا الوجه ولان الحق ليس منحصرًا في المقتسمين فان لمن بعدهم
من البطون حقا ياخذونه من الواقف لا على جهة الارث من البطن الاول ويحتمل ضعيفا الجواز لان
القسمة افراز حق وتمييزه عن غيره فجاز فعلها بين اهل كل بطن وينتقض بانتهاء حقهم والاصح الاول
لان استحقاقهم انما هو على وجه الاشاعة وذلك غير قابل للتمييز لما فيه من تغيير الوقف نعم يجوز المهاياه
توصلا الى استيفاء المنافع اذا عرفت ذلك فاعلم ان البحث عن جواز القسمة وعدمه انما هو مع اتحاد
الواقف وتعدد الموقوف عليه ليعقل معنى القسمة بينهم سواء كان في الاصل متحدًا ثم تجدد تعدده
او كان متعددًا من اول الامر ومفهوم قول المص مع اتحاد الواقف والموقوف عليه انتفاء الحكم لو تعدد
احدهما والمراد باتحاد الموقوف عليه اتحاده في الاصل اذ لا تعقل القسمة والصواب عدم الفرق بين
اتحاده في الاصل ثم صيرورته متعددًا او تعدده من اول الامر في عدم جواز القسمة وبه صرح في التذكرة
قوله اما لو تعدد الواقف والموقوف عليه فاشكال المراد به ما اذا وقف كل من الشريكين حصته مع
الاشاعة وكان الموقوف عليه متعددًا سواء اختلف كان وقف احدهما على زيد والاخر على عمرو او اذ وقف
كل من الشريكين عليهما ومنشا الاشكال من حيث كونهما وقفين متغايرين لا تعلق لاحدهما بالاخر فجاز
تميز احدهما من الاخر ولان جواز القسمة من حقوقهما قبل الوقف والاصل بقاؤه ولان تميز المنفعة الموقوف
عن الطلق جائز عندنا ولو اقتضت القسمة في محل النزاع تغييرًا في الوقف لاقتضته هنا ومن اطلاق
الاصحاب منع قسمة الوقف الشامل لمحل النزاع وفي الجواز قوة والظاهر عدم الفرق بين صفقة الوقف
مع تعدد الواقف صفقته وعدمه لان تعدد الواقف يقتضي تعدد الوقف كما ان تعدد البايع يقتضي تعدد
البيع ولو اشتبه شرط الواقف قسم بالسوية مع علم اصل الاستحقاق وجهل مقادير السهام او جهل قوله م
الترتيب بين الطبقة الاولى والثانية عملا بالاصل وهو التسوية اذ ليس بعضهم اولى ببعض بالتقدم والتفضل

من بعض

من بعض وقال بعض الشافعية بالتوقف حتى يصطلحوا وكذا الحكم لو اختلفوا في شرط الواقف ولا بينة ولم يعلم تفضيل
بعض ولم يعرف المفضل احتمل التوقف حتى يصطلحوا او القرعة والظاهر انه لا يرجع الى قول الواقف لو كان
حيا اذا قلنا بانتقال الملك عنه كما لا يرجع الى قول البايع عند اختلاف المشترين في كيفية الشرا ويلوح من التذكرة
الميل الى قبول قوله لانه المبتدي بالصدقة وقوله منع قوله فان لم يعرف الارباب صرف في البر لتعذر
الجهة الموقوفة عليها فجرى مجرى ما لو وقف على مصلحة فبطل رسمها ولم يمكن الصرف اليها قوله ولو آجر
المتولي باجرة المثل في الحال فظهر من يزيد لم ينفسخ لصدور العقد على الوجه المعتبر من وقوع الاجارة
لازمة فلا يصح الفسخ قوله ولو آجر زيادة على المدة المشترطة فالاقرب البطلان في الزيادة خاصة
وجه القرب انه ضم ما يجوز له فعله الى ما لا يجوز له فجرى مجرى بيع ما يملك وما لا يملك واجارة ما يملك
وما لا يملك في صحة العقد فيما يجوز دون الآخر وتفريق الصفقة غير موجب للبطلان عندنا ويحتمل
البطلان في الجميع لانه عقد مخالف لشرط الواقف فيكون باطلًا ولان العقد انما تناول المجموع والابعاض
تابعة فاذا بطل في المجموع بطل في التابع لامتناع بقاء التابع من حيث انه تابع مع انتفاء المتبوع
والاول قريب اعتبارا بمذهب الاصحاب في نظايره والبطلان اجود قوله ولو خلق حصر المسجد
وخرج عن الانتفاع به فيه او تكسر الجذع بحيث لا ينتفع به في غير الاحراق فالاقرب بيعه وصرف ثمنه
في مصالح المسجد يستفاد من قوله وخرج عن الانتفاع به فيه اي في المسجد وقوله او تكسر الجذع بحيث
لا ينتفع به في غير الاحراق انه لو بقي في واحد منهما جهة انتفاع به في المسجد لم يجز بيعه وهو كذلك للمنع
من بيع الوقف فلو امكن ان يتخذ من الجذع ابواب والواح وجب ولم يجز البيع وجه القرب انه اذا
خرج من الانتفاع به الوقف خرج عن مقصود الواقف لان مقصوده الانتفاع به فلو لم يجز بيعه كان
تضييعًا محضًا ويحتمل ضعيفا المنع لعموم المنع من بيع الوقف فالاصح الاول واذا بيع وجب ان يشترى بثمنه
بدله لانه اقرب الى مراد الواقف فان تعذر صرف ثمنه في مصالح المسجد وفاقا للتذكرة واطلق صرف
ثمنه في مصالح المساجد هنا وهل تفرق بين ما كان من ذلك وقفا وبين ما اشتري من الوقف او قبل
المتولي هبته حتى يجوز بيع الثاني عند الحاجة فيه احتمال وذكر في التذكرة انه لا خلاف بين العامة في جواز

بيع هذا القسم لانه ملك ولم يفت هو بشيء وجواز البيع في هذا القسم لايخ من قوة فاذا بيع لم يتعين شرى امثاله بل
يصرف في مصالح المسجد من غير تعيين قوله المقصد الثاني في السكنى والصدقة والهبة وفيه فصول
الاول في السكنى المراد في عقد السكنى لينتظم معه قوله ولا بد فيه من ايجاب الخ وفي التذكرة السكنى عقد
يفتقر الى الايجاب والقبول قطعًا والقبض قوله ولا بد فيه من ايجاب وقبول وقبض ونية التقرب اي لا بد
في عقد السكنى من الايجاب والقبول قطعًا وكذا لا بد من القبض لكن ينبغي ان يكون اشتراطه على القول
بلزوم العقد اما على عدم اللزوم فانه بمنزلة العارية وصرح المصنف هنا باشتراطه نية التقرب وظاهره انها
شرط الصحة وفي اشتراطها نظر وصرح في الدروس بعدم الاشتراط وهو الاوجه نعم ينبغي اشتراط كون ذلك
بانفسه قربة للوقف اما نية التقرب ففي شرط في حصول الثواب خاصة وحمل شيخنا الشهيد في بعض
الحواشي اشتراط المصنف نية التقرب على ذلك وهو خلاف ظاهرها قوله وليست ناقلة للملك بل فايدتها
تسلط الساكن على استيفاء المنفعة المدة المشترطة لا خلاف عندنا في ان السكنى لا ينتقل الملك بها الى
الساكن بحال من الاحوال بل فايدتها استحقاق استيفاء المنفعة المدة المشترطة قوله فان قرنت بالعمر
سميت عمرى وان قرنت بالاسكان سميت سكنى وبالمدة يقال رقبى اما من الارتقاب او من رقبة الملك
حاصله ان العقد المسمى بالسكنى فايدته ما ذكروا سماؤه مختلفة بحسب اختلاف الاضافة فان اقترن التسلط
على المنفعة بعمر احدهما قيل عمرى وبالاسكان قيل سكنى وبالمدة قيل رقبى واشتقاقها اما من الارتقاب
او من رقبة الملك وكانت العرب في الجاهلية تستعمل لفظين ومما العمرى والرقبى فالعمرى ماخوذة من
العمر والرقبى ماخوذة من الرقوب كان كل واحد منهما يرتقب موت صاحبه قوله والايجاب ان يقول
اسكنتك او اعمرتك او ارقبتك وشبه ذلك هذه الدار او الارض مدة عمرك او عمري او سنة في التذكرة او
يطلق او يقول ارقبتك هذه الدار او هي لك مدة حياتك او وهبت منك هذه الدار عمرك على انك مت
قبلي عادت الي وان قبلك استقرت عليك ثم حكى عن بعض العامة للرقبى تفسيرين احدهما هذا المذكور اخيرا
فيكون غير السكنى والعمرى وحكى عن مالك وابي حنيفة بطلان الرقبى محتجين بنص النبي صلى الله عليه وآله على بطلانها
وبان معناها انها للآخر منا موتا وهذا تمليك معلوم بخطر ولا يجوز تعليق التمليك بالخطر وذهب بعض اصحابنا

الا ان يقع

٨٧

او العارية لم يعتد بقبضه للهبة وهل يعتبر اذنه في القبض مطلقا من غير قصد شيء فيصح قبض المتهب ح عن الهبة
يلوح من عبارة المختلف عدم الاعتداد به وكذا يلوح منها عدم الاعتداد بالقبض المطلق من المتهب وهو
المتبادر من اول كلام المصنف هنا ويحتمل الاكتفاء بالقبض المطلق والاذن فيه لصدق اسم القبض عليه و
صلاحيته للهبة لانتفاء الصارف وهو قصد شيء آخر قوله ويقبل قوله في القصد اي يقبل قول الواهب
في قصده في الاذن بالقبض باعتبار كونه للهبة او لغيرها فلو خالفه المتهب قدم قوله بيمينه ويمكن ان يكون
المراد انه يقبل قول كل من الواهب والمتهب في قصده بالاذن في القبض او بالقبض للهبة او غيرها فلو
خالفه الآخر قدم قوله بيمينه ووجهه انه اعرف بقصده قوله ولو اقر بالهبة والاقباض حكم عليه وان
كان في يد الواهب لعموم اقرار العقلاء على انفسهم جايز الا ان يعلم كذبه فلا يعتد به قوله وله الاحلاف
لو ادعى المواطاة ولا يقبل انكاره اي لو انكر الواهب المقر بالاقباض حصول القبض بعد اقراره وادعى ان
الاقرار انما كان بمواطاة للمتهب وموافقته اياه ولو لم يكن بحرم واقعا كما قد يتفق كثيرا لم يقبل انكاره
لان الانكار بعد الاقرار لا يلتفت اليه اذ الاصل فيه الصحة لكن له احلافه على وقوع القبض قال في الدروس
وليس له الاحلاف على نفي المواطاة وكانه مبني على ان الدعوى بالاقرار وما جرى مجراه غير مسموعة وانما
احلف على حصول القبض لان الواهب يدعي فساد الاقرار بعدم وقوع القبض وسياتي ان شاء الله تعالى في
القضاء ان الاصح سماعها فله الاحلاف على نفي المواطاة منهما وقد صرح بذلك شيخنا الشهيد في بعض
حواشيه على الكتاب قوله ولو مات الواهب قبله بطلت الهبة وان كان بعد الاذن في القبض قال الشيخ
في المبسوط اذا مات الواهب قبل الاقباض لا تبطل الهبة وقام الوارث مقامه كالبيع في مدة الخيار من حيث
ان الهبة عقد يؤول الى اللزوم فلا تنفسخ بالموت كبيع الخيار وتبعه ابن البراج مع انه قال في هبة ذي الرحم
اذا مات قبل قبضها كانت ميراثا والمشهور البطلان وهو الاصح لان الهبة عقد جايز قبل القبض كالوكالة
والشركة فيبطل بالموت ونحوه [illegible] الصادق ع في الهبة والنحلة ما لم يقبض حتى يموت
[illegible] قال هو ميراث فمن مات [illegible] المتهب قوله ولو وهب ما في يد المتهب صحت ولم يفتقر الى تجديد
قبض [illegible] اطلاق العبارة يتناول ما اذا كان في يد المتهب بايداع او عارية

اوغصبا وغير ذلك وقد صرح بذلك في المختلف والتذكرة ووجهه ان القبض المشترط حاصل حين ايقاع العقد فاغنى عن قبض آخر وعن مضي زمان يسعه اذ لا مدخل له في التاثير وانما كان اعتباره مع عدم القبض لضرورة امتناع حصوله ولم يعتبر الشيخ في المبسوط الاذن في القبض هنا لكن شرط مضي زمان يمكن فيه القبض وهو ضعيف فان قيل يجب اعتبار الاذن في القبض لان القبض السابق كان لغير الهبة وقد سبق انه لابد ان يكون الاقباض للهبة قلنا حاضر الحال ان رضاه باقراره عليه بعد العقد دليل على رضاه بقبضه للهبة بخلاف الاقباض بعد العقد للايداع فان هذا الظاهر اهنا منتف فحصل الفرق **فرع** لو كان الموهوب في يد وكيل المتهب وديعة ونحوها فهل يحتاج الى اقباض مجدد فيه تردد **قوله** وكذا لو وهب ولي الطفل ماله الذي في يده اي لا يحتاج الى تجديد قبض ولا مضي زمان يسعه لحصول القبض نعم فيعتبر قصد القبض عن الطفل لان المال مقبوض في يد الولي له فلا ينصرف الى الطفل الا بصارف وهو القصد ولم اجد بذلك تصريحا لكن لا بد منه وما سبق في اول بحث القبض وفي قبض المسجد في الوقف منبه على ما قلناه ومثله ما لو وكل المتهب الواهب القابض في الهبة والاقباض **قوله** ولو كان مغصوبا او مستاجرا او مستعار على اشكال افتقر الى القبض بخلاف ما في يد وكيله اي لو كان مال الطفل الذي وهبه [illegible] مغصوبا افتقر في صحة الهبة الى قبض جديد لانه ليس في يده وكذا لو كان مستاجرا اما لو كان مستعارا فالاشكال ينشا من ان قبض المستعير لما لم يكن بحق لازم وللمعير ابطاله متى شاء كان كقبض الوكيل الذي يده يد الموكل ومن انه انما قبضه لنفسه لينتفع به فكانت اليد له لا للمعير وتمكنه من الابطال متى شاء لا ينفي كونه في يده ولعل الاصح فيفتقر الى تجديد القبض بخلاف ما لو كان المال في يد وكيل الولي فان يده لكونها يد الموكل لا يحتاج معها الى تجديد قبض **قوله** ولو وهب غيره افتقر الى قبض الولي او الحاكم اي لو وهب الطفل غير الولي افتقر ذلك الى قبض الولي ان كان موجودا [illegible] لا بد من قبض الحاكم عن الطفل وهو ظاهر **قوله** وقبض المشاع هنا كقبضه في البيع [illegible] لا يختلف في ذلك البيع والهبة وقال بعض الشافعية ان القول بالاكتفاء بالتخلية [illegible] النقل في المنقول في الهبة قولا واحدا وليس بشي وسياتي ان شاء الله تعالى [illegible]

ولوهب

الثلاث ماله كما حققناه في الاجارة لو مات الموجر خلال المدة **قوله** ولو مات الساكن لم يكن لورثته السكنى لان العقد انما يتناول سكنى من نعهم مدة حيوته **قوله** ولو لم يعين مدة كان له اخراجه متى شاء وذلك لان السكنى المطلقة لازمة فيما يقع عليه مسمى الاسكان عرفا ولو يوما او دونه ان صدق عليه الاسم وقد تضمنه حديث الحلبي عن الصادق عليه السلم **قوله** ولا يبطل السكنى بالبيع بل تجب توفية ما شرط له ثم يتخير المشتري مع جهله بين الرضا مجانا او الفسخ واما لم يبطل بالبيع لانها عقد لازم كما قدمناه فكانت كالاجارة ولرواية حسين ابن نعيم عن الكاظم عم قال سالته عن رجل جعل دارا سكنى لرجل ايام حيوته او جعلها له ولعقبه من بعده هل يبقى له ولعقبه كما شرط قال نعم قلت فان احتاج بيعها قال نعم قلت فينقض بيعه الدار السكنى قال لا ينقض البيع السكنى كذلك سمعت ابي عم قال قال لنا ابو جعفر عم لا ينقض البيع الاجارة ولا السكنى ولكن يبيعه على ان الذي يشتريه لا يملك ما اشترى حتى تنقضي السكنى على ما شرط وكذلك الاجارة الحديث اذا تقرر هذا فالمشتري ان كان عالما بالحال فلا خيار له بل يصبر حتى تنقضي المدة وان كان جاهلا تخير بين الصبر مجانا الى انقضاء المدة وبين الفسخ لان فوات المنفعة عيب لكن ان كان البيع للساكن امكن الصحة **قوله** ولو قرنت السكنى بالعمر بطل البيع على اشكال اهذا جار مجرى التقييد لما اقتضاه الكلام السابق من صحة البيع مع الامكان وتحقيقه ان السكنى ان كانت مطلقة او مقيدة بمدة معلومة صح بيع المسكن معها قطعا وان قرنت بالعمر ففي صحة البيع اشكال ينشا من عموم اوفوا بالعقود وانه لا منافاة بين البيع والسكنى لان موردهما مختلف وللرواية السالفة عن الكاظم عم فانها صريحة في ذلك وهو اختيار ابن الجنيد ومن ان المنفعة هي الغرض المقصود في البيع ولهذا لا يجوز بيع ما لا منفعة فيه وزمان استحقاق المنفعة في محل النزاع مجهول وقد منع الاصحاب من بيع المسكن الذي يعتد فيه المطلقة بالاقراء لجهالة وقت الانتفاع فهنا اولى لامكان استثناء المطلق اذا باع مدة يقطع بعدم زيادة العدة عليها بخلاف ما نحن فيه وللنظر في كل من الطرفين مجال **قوله** واطلاق السكنى يقتضي ان يسكن بنفسه واهله واولاده وليس له اسكان غيرهم الا مع الشرط ولا ان يوجر المسكن الا مع الاذن هذا مذهب الشيخ واكثر الاصحاب واضاف في التذكرة الى اهله واولاده من جرت العادة باسكانه معه كغلامه وجاريته

ومضعته ولده وهو حسن وكذا الضيف والدآبة اذا كان الموضع يحملها كذلك وقال ابن ادريس الذي يقتضيه
اصول المذهب ان له جميع ذلك وان له اجارته وانتقاله عنه واسكان غيره معه سواء كان ولده وامرأته
او غيرهما وسوآء اذن له في ذلك او لم ياذن لان منفعة هذه الدار استحقها وصارت ملكا من امواله
فكان له استيفاؤها كيف شآء بنفسه وبغيره والاصح الاول لان الاصل عصمة مال الغير خرج عنه
المسكن بصريح الاذن واهله واولاده ومن جرى مجراهم قضية للعرف فصار كالماذون نطقا وما عدا
ذلك فعلى اصل المنع ودعوى استحقاق المنفعة مطلقا مردودة لان العقد انما اقتضى السكنى له ولمن
يتبعه دون الاجارة واسكان الغير نعم لو اشترط ذلك في العقد جاز واذا اذن في الاجارة فالاجرة
للساكن قوله ولا يجب العمارة على احدهما ولا له منع الاخر من غير المضر منها قوله اما عدم الوجوب على
على احدهما فظاهر لان المالك لا يجب عليه عمارة مسكنه ولا يجب على الساكن عمارة مسكن غيره واما عدم المنع
فلان مريد العمارة ان كان هو الساكن فاستيفاء المنفعة حق له وللعمارة مدخل في اصل الاستيفاء او في
استعماله مع ان ذلك مصلحة للمالك اذ الغرض ان لا ضرر فيها واما المالك فلان منعه من تعمير ملكه ضرر
مع ان ذلك مصلحة للساكن اذ الغرض ان لا ضرر فيه وينبغي منع الساكن من العمارة التي لا يستدعيها
السكنى عادة وقوفا مع ظاهر العقد واصالة عصمة مال الغير اما مع الضرر من احد الجانبين فلا بحث
في عدم الجواز الا بالاذن قوله واذا حبس فرسه في سبيل الله او غلامه في خدمة البيت او المشهد او المسجد
لزم ولا يجوز تغييره ما دامت العين باقية يصح الحبس كما يصح الوقف والسكنى والظاهر انه لا بد من العقد
والقبض والقربة ولم يصرحوا بذلك هنا وهو قسمان احدهما ان يحبس فرسه في سبيل الله او غلامه في بيت
الحرام او المشهد او المسجد او معونة الحاج فاذا فعل ذلك على وجه القربة لزم ولم يجز له فسخه بحال وصرح
المص في التحرير وشيخنا في الدروس بان هذا القسم يخرج عن ملك المالك ولا يعود وفي الدروس انه يخرج
بالعقد ومقتضى ذلك عدم توقفه على القبض وهو مشكل وعبارة المص هنا وفي التذكرة يشعر بعدم الخروج
عن الملك حيث قال ولا يجوز تغييره ما دامت العين باقية وقال في التذكرة ايضا في مطلق الحبس انه كالوقف
المنقطع قوله ولو حبس شيئا على رجل فان عين وقتا لزم ويرجع الى الحابس او ورثته بعد المدة وان لم يعين

كان له الرجوع متى شآء هذا هو القسم الثاني وقد صرح في الدروس بعدم خروجه عن الملك وهو الذي يقتضيه
النظر وعبارة المص هنا وفي التحرير والتذكرة وان لم يكن صريحة في ذلك الا ان الظاهر ان مراده ذلك ايضا
ورواية ابن اذينة البصري عن ابي جعفر ع بان امير المؤمنين ع وصى برد الحبيس وانفاذ المواريث دليل على بقاء
الملك ولم يفرق في التذكرة بين الحبس على الفقراء وعلى زيد وللنظر فيه مجال قوله الفصل الثاني في الصدقة
ولا بد فيها من ايجاب وقبول وقبض ونية القربة ظاهر كلامهم ان الصدقة لا يتم الملك بدون نية القربة
الا ان ما ذكروه في الاحتجاج على ان الابراء لا يحتاج الى قبول وهو قوله تعالى وان تصدقوا خير لكم ينافي ذلك
لانهم فسروا الصدقة هنا بالابراء فان تم ذلك اقتضى عدم اشتراط نية القربة في الصدقة بل ولا القبول مع تصريحهم
باشتراطه قوله ويلزم مع الاقباض قال الشيخ في المبسوط صدقة التطوع عندنا بمنزلة الهبة في جميع الاحكام
من شرطها الايجاب والقبول ولا يلزم الا بالقبض وكل من له الرجوع في الهبة له الرجوع في الصدقة ومحصل
هذا الكلام ان الصدقة لا يلزم بالقبض مطلقا بل في موضع لا يجوز الرجوع في الهبة واكثر الاصحاب على عدم
جواز الرجوع مطلقا لانها في معنى الهبة المعوضة لان قصد القربة يقتضي الثواب ولدلالة الاخبار
الواردة بان الذي يعود في صدقته كالذي يعود في قيئه على ذلك لان العود في القيء حرام قطعا وهنا
شيء وهو ان كلام الشيخ يقتضي عدم اشتراطه نية القربة في الصدقة والا امتنع الرجوع على حال من الاحوال
لان الهبة المتقرب بها يمتنع الرجوع فيها فاللازم احد امرين اما عدم خلاف للشيخ في هذه المسئلة او عدم
اشتراط نية القربة في الصدقة وقد صرحوا بخلافه هنا فتعين الامر الثاني وكيف كان فالحق عدم الرجوع
في الصدقة بوجه قوله ولو قبض بدون اذن المالك لم يملكه لان القبض المعتبر هو الماذون فيه شرعا
لان المنهي عنه غير منظور اليه عند الشارع كما في الهبة والوقف قوله واذا تمت لم يجز الرجوع فيها
مطلقا اي بحال من الاحوال خلافا للشيخ وهذا تصريح من المص بما اقتضاه قوله ويلزم مع الاقباض
قوله وصدقة السر افضل من الجهر الا مع التهمة بترك المواساة اما افضلية صدقة السر فلنص الكتاب
والسنة على ذلك قال الله تع وان تخفوها وتؤتوها الفقرآء فهو خير لكم وقال رسول الله ص صدقة السر تطفي
غضب الرب وغير ذلك من الاخبار وهذا اذا لم يستلزم اخفاؤها اتهامه بترك المواساة اما اذا استلزم

ذلك فان الاظهار اولى فانه لا ينبغي ان يجعل عرضه عرضة للتهم ولو قصد بالاظهار متابعة الناس له في ذلك
واقتداهم به فعل ذلك تحريضاً على نفع الفقراء وهذا في الصدقة المندوبة اما المفروضة فاظهارها افضل
مطلقاً صرح به في الدروس قال في الصحاح آسيته بمالي مواساة اي جعلته اسوتي فيه وواسيته
لغة ضعيفة فيه قوله والمفروضة من الصدقة محرمة على بني هاشم الا منهم او عند الضرورة قد سبق
تحقيق ذلك في الزكوة قوله ولا باس بالمندوبة وغير الزكوة كالمنذورة اما جواز المندوبة لهم
فلقول النبي ص من صنع الى احد من اهل بيتي يداً كافيته يوم القيمة وغير ذلك من الاخبار ولذا ما كان
من الواجبات غير الزكوة كالمنذورة للاصل ويندرج في اطلاق العبارة الهدي والكفارات وقد صرح
في التذكرة في كتاب الزكوة بجواز الكفارة لهم وفيه قوة لانتفاء دليل المنع واستثنى في التذكرة
من بني هاشم النبي ص فما الى تحريم الصدقة المندوبة عليه لما فيها من الغض من النقص وتسلط المتصدق
وعلو مرتبته على المتصدق عليه ومنصب النبوة ارفع من ذلك واجل واشرف ولقوله ع انا اهل بيت
لا تحل لنا الصدقة والفرق بينها وبين الهدية لا يقتضي نقصاً ولا غضاً في العادة بل هي جارية على الحسنة
ومال الى الحاق الائمة
المعصومين ع به في ذلك رفعاً لمرتبتهم عن نقص التصديق والرواية عن الصادق عن ابيه الباقر عليهم السلم
انه كان يشرب من سقايات بين مكة ومدينة فقيل له اتشرب من الصدقة فقال انما حرم علينا الصدقة
المفروضة من طرق العامة على ما ذكره في التذكرة وقول التذكرة محتمل قوله ولا قرب جواز الصدقة
على الذمي ظاهره عدم الفرق بين الرحم وغيره وقد سبق في الوقف تقييد الجواز بكونه رحماً ولم يصرح
المص هنا بشي لكن الجواز مطلقاً في الصدقة والوقف لا يخلو من قوة ودليل ذلك يعلم مما تقدم في الوقف
قوله ويتاكد الصدقة المندوبة في شهر رمضان روى العامة ان رسول الله ص كان اجود ما يكون في
شهر رمضان ومن طريق الاصحاب كان رسول الله ص اذا دخل شهر رمضان اطلق كل اسير واعطى كل سائل
والاخبار في ذلك كثيرة قوله والجيران افضل من غيرهم والاقارب افضل من الاجانب روى العامة عن رسول الله
ص انه قال الصدقة على المسكين صدقة وعلى ذي الرحم ثنتان صدقة وصلة وروى اصحابنا عنه ص انه سئل اي الصدقة

افضل

افضل قال على ذي الرحم الكاشح وقال ص لا صدقة وذو رحم محتاج والاخبار في الحث على صلة الرحم والاحسان
الى الجيران كثيرة قوله ومن احتاج اليه لعياله لم يستحب له التصدق ولا ينبغي ان يتصدق بجميع ماله اي
من يحتاج الى ما يريد ان يتصدق به لعياله لم يستحب له التصدق بل يصرف ذلك في النفقة والدين ونحو ذلك فالافضل
له ان لا يتصدق بجميعه بل يكره كراهة شديدة لما في ذلك من التعرض الى الحاجة وسؤال الناس وهو شديد الكراهة
صرح بذلك في التذكرة يدل عليه قوله تع ولا تبسطها كل البسط وما رواه العامة من ان النبي ص رد من اتاه
بمثل البيضة من الذهب وقال انها صدقة وانه لا يملك غيرها واوماء الى علة ذلك لتعرض السؤال الى ان قال
ص خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى وفي معناه من طرق الاصحاب كثير فان قيل قد دلت الآية والحديث على
افضلية الايثار قلنا ذلك على نفسه لا مطلقاً جمعاً بين الادلة قوله الفصل الثالث في الهبة وفيه مطالب
الاول في اركانها وهي ثلثة عد اركان الهبة ثلثة العقد والموهوب والقبض ولقائل ان يقول ان عد
الموهوب من اركان الهبة يناسبه عد الواهب والمتهب ايضاً ولا يقال ان الايجاب والقبول الذين هما
العقد اذا عدا ركنا اغنى من عد الواهب والمتهب كما لا يخفى لانا نقول فيغني عن عد الموهوب لانه متعلقهما
وهنا كلام آخر وهو انه اعتبر في العقد الايجاب والقبول والقبض وذلك يشعر بدخوله في مسمى العقد
ثم انه قد عده فيما بعده ركنا ثالثاً وفيه مناقشة ويمكن ان يقال ان قوله ولا بد فيه الخ اعم من ان يراد به
الجزء والشرط لان كلا منهما لا بد منه فيما هو جزء منه وشرط له ولا ريب ان القبض معتبر في العقد ولا ينافي
ذلك عده ركنا في الهبة وفيه نظر لان الهبة ان كانت هي العقد فاعتبار القبض فيه ثم عده ركنا له
تكرار محض مع انه غير صحيح في نفسه لان القبض لا يستقيم عده ركنا للعقد لان ركن الشيء داخل فيه والقبض
خارج عن العقد لانه الايجاب والقبول ولا يستقيم عده شرطاً له ايضاً لان الشرط لا بد من تقدمه على المشروط
ومصاحبته اياه وان كانت اثره وهو المناسب فالقبض انما يعتبر فيها على انه شرط والعقد سبب وكل منهما
جزء السبب فعلى كل تقدير لا يتجه ما ذكره المص قوله العقد ولا بد فيه من ايجاب وهو اللفظ الدال
على تمليك العين من غير عوض منجزاً اللفظ واقع موقع الجنس واحترز به عن الفعل الدال على ذلك كنثار العرس
واحضار الطعام بين الضيف والموت المقتضي للتملك بالارث وحيازة المباحات كالاحتطاب والاحتشاش

واحترز بالدال عن المهمل وبكون الدلالة على التمليك عن نحو العارية وبكونه للعين عن نحو الاجارة وبقوله عوض
عن غير عوض عن نحو البيع والصلح على الاعيان وبقوله منجزا عن نحو الوصية بالاعيان ونقض في طرده بالوقف
والصدقة ولو قيد اللفظ بكونه مجردا عن القربة لاغنى عن ذلك وفي عكسه باشارة الاخرس والهبة المشروط
فيها الثواب وجوابه ان المتبادر من التمليك هو التام فيخرج الوقف وان تقييد التمليك بكونه بغير عوض
يقتضي اخراج الصدقة كما يقتضي اخراج الوقف لانهما مشروطان بالقربة المستتبعة للثواب فانه عوض بالنظر
الى الوضع اللغوي وفرق اهل الكلام بينه وبين العوض غير قادح واشارة الاخرس بمنزلة اللفظ مع تعذره
فلا يقدح خروجها والمراد من قوله من غير عوض ان العوض غير لازم فيها لانتفاء العوض اصلا كما نبه عليه
في التذكرة والهبة المشروطة فيها العوض لا يلزم فيها ذكر العوض حتى لو جردها عنه صحت بخلاف نحو البيع
واعترض بان الملك لا يحصل بمجرد هذا اللفظ بل لا بد من القبول والقبض واجيب بان المراد بالدال ما يعم
الدال بواسطة او ان الدلالة اعم من التامة والناقصة وليس بشيء لانه لا يراد بالدال المعرف للحكم ليجب ان
يترتب على الايجاب حصول الملك فيحتاج الى هذا التكليف بل المراد به الدال باعتبار الوضع على انشاء التمليك
وهذا الاجمال لشيء من هذه التكلفات معه قوله كقوله وهبتك وملكتك واهديت اليك وكذا
اعطيتك وهذا لك مع النية انما صح الايجاب بقوله هذا لك مع انه لا بد من كونه بلفظ الماضي لانه اصرح من
غيره في الدلالة على الانشاء لان اسم الاشارة يشعر به وانما اعتبر النية في هذا القسم لعدم صراحته في الدلالة
على الايجاب كالذي قبله قوله ومن قبول وهو اللفظ الدال على الرضا كقوله قبلت اي على الرضا بالايجاب
ولما كانت الهبة عقدا يقتضي نقل الملك وربما كانت لازمة اعتبر فيها ما يعتبر في العقود اللازمة من فورية
القبول بحيث يعد جوابا للايجاب وكونهما باللفظ العربي وساير ما يشترط في العقود اللازمة فرع لو وهبه
شيئا فقبل الهبة في البعض ففي صحة الهبة فيه وجهان يلتفتان الى عدم المطابقة بين الايجاب والقبول وان
الهبة ليست كعقود المعاوضات لانها تبرع محض ومن تبرع بشيء هو راض بالتبرع ببعضه بخلاف البيع ونحوه
لان الاغراض تختلف اختلافا بينا في الاعواض لابتناء المعاوضات على المعاينة والمكايسة واختار المص
في التذكرة الثاني وهو قريب ان لم تكن الهبة معوضة ولم تدل قرينة على ان ذلك خلاف مراد الواهب قوله

91

ويشترط صدورهما من مكلف جائز التصرف المراد صدور كل منهما من مكلف جائز التصرف فلا يصح من الصبي
وان بلغ عشرا والمجنون ونحوهما ويجوز ان يتولى كل من الايجاب والقبول من الوكيل والولي ويتولاهما
الواحد فيكون موجبا قابلا فلا يشترط تغاير الموجب والقابل على اقوى الوجهين ولا فرق بين الاب والجد
وغيرهما خلافا للشيخ في المبسوط حيث اعتبر في غيرهما صدور القبول من الحاكم او امينه وهو ضعيف قال المص
في التذكرة ولو قال جعلته لابني وكان صغيرا فان قلنا بالاكتفاء بالكنايات في العقود على ما هو مذهب
بعض الشافعية وبالاكتفاء من الاب في تمليك ابنه الصغير باحد شقي العقد صار ملكا للابن والا فلا مع انه
اسلف في كلامه قبل هذا ان الهبة لا تصح بالكنايات مع انه صرح في الاكتفاء بقوله هذا لك وفي الفرق
بينه وبين جعلته ملك توقف وكيف كان فالاصح عدم الاكتفاء بالكناية ولا بالايجاب وحده قوله
وهبة ما في الذمة لمن هو عليه ابراء لا يشترط فيه القبول ولا يصح لغيره على راي هنا مسئلتان والراي في كل
منهما الاولى هبة الدين لمن عليه ابراء لا يشترط فيه القبول عند جمع من الاصحاب لانه اسقاط لا نقل شيء الى
الملك فهو بمنزلة تحرير العبد ولظاهر قوله تع فنظرة الى ميسرة وان تصدقوا خير لكم فاعتبر مجرد الصدقة ولم يعتبر
القبول وفيه نظر لان الصدقة يعتبر فيها القبول وفي معنى ذلك قوله تع في الدية الا ان يصدقوا والكلام
فيه كما سبق وقال الشيخ في المبسوط وابن زهرة وابن ادريس يشترط لاشتماله على المنة ولا يجبر على قبولها
كهبة العين ولو لم يعتبر القبول اجبر على قبول المنة واجاب المص بالفرق بين التمليك والاسقاط واقول
انه لا شك في الفرق بين نقل الملك في الاعيان وبين اسقاط الحق من الذمة فانه لو ابرا مالك الوديعة
المستودع منها مثلا لم يملكها بذلك وان قبل وكذا لو اسقط حقه من عين مملوكة له لم تخرج بذلك عن ملكه
بخلاف الدين فانه قابل لذلك لانه ليس شيئا مملوكا موجودا وكان اشبه شيء بالعتق ومما يدل على عدم اشتراط
القبول قوله تع الا ان يعفون او يعفو الذي بيده عقدة النكاح فاكتفى في سقوط الحق بمجرد العفو ومعلوم ان
القبول لا دخل له في مسماه وللاكتفاء بمجرد العفو في الحدود والجنايات الموجبة للقصاص والخيار وكلها
في معنى الهبة والاصح عدم الاشتراط ولا يضر كونه هبة لان بعض الهبة لما اشبه العتق اكتفى فيه الشارع بالايجاب
كبعض افراد الوقف مثل وقف المسجد الثانية هل تصح هبة الدين لغير من هو عليه ام لا اختلف كلام الاصحاب

في ذلك فقال الشيخ وابن ادريس يصح واختاره المص في المختلف لانه لا يصح بيعه والمعاوضة عليه فصحت
هبته كالعين وقيل لا يصح واختاره المص هنا لان القبض شرط وما في الذمة يمتنع قبضه ومن ثم قال الشيخ
في المبسوط انه يمتنع وقفه قيل الموهوب الماهية وقبضها ممكن بقبض احد جزئياتها وفيه نظر لان الموهوب
هو الماهية وهي غير الجزئيات قطعا فان قيل فكيف يصح بيع الدين مع ان البيع لا بد ان يكون مقدورا على
تسليمه قلنا يمكن الفرق بان القدرة على تسليمه يكفي فيها ما به يتحقق المعاوضة وتحققها يكفي فيه القدرة
على تسليم بعض افراد الماهية المعدود احد العوضين ويدخل في ملك المشتري من غير توقف على قبض ثم
يستحق المطالبة بالاقباض بخلاف الهبة فان الاقباض له دخل في حصول الملك فلا بد ان يقبض الواهب
الدين ثم يقبضه المتهب فلا يمتنع نقله الى ملك المتهب حين هو دين وكذا بعد تعيين المديون له قبل قبض
الواهب لانتفاء الملك وبقبض الواهب يحدث الملك له فيمتنع تقدم انشاء الهبة عليه اذ يكون هبة
جارية مجرى هبة ما سيملكه ببيع وغيره وذلك غير جائز قطعا والاصح عدم الجواز واعلم ان فعل المص هبة
ما في الذمة لمن عليه ابراء لا يشترط فيه القبول يلوح منه ان يكون الابراء لا يشترط فيه القبول امر مقرر
لانه اسقاط محض وان هذا الفرد من افراد الهبة لما كان ابراء في المعنى لم يشترط فيه القبول كما هو صريح
كلام بعض العامة مع احتمال العبارة غير ذلك وعبارة الشيخ وغيره يقتضي التردد في الابراء ايضا على ما
حكاه المص في التذكرة عنه قوله وللولي عن الطفل القبول مع الغبطة فلو وهب اباه الفقير العاجز
لم يصح قبوله حذرا من وجوب الانفاق ه احترز بكون الاب فقيرا عما لو كان له مال بناء على ان العبد يملك
او يبيح المالك الواهب له للولد لكن بنا قد علم هنا بان المال يدخل في ملك الولد بالهبة فيصير من جملة امواله
فيكون انفاقه على ابيه كانفاق غيره من امواله فلا يكون مسوغا لقبول هبته نعم لو شرط الهبة المال قبول
هبة الاب امكن جواز القبول هنا مع احتمال المنع لامكان فناء المال قبل موت الاب فيلزم الانفاق
عليه من مال الولد فيتجه الضرر الا ان يكون المال كثيرا جدا يقتضي العادة بانتفاء المحذور فيصح حينئذ و
احترز بكون الاب عاجزا عما لو كان كسوبا فانه لا ضرر ح ويكفي في العجز عجزه عن بعض النفقة قيل ويمكن
للتقييد بقيد اخر بان احدهما غنى الابن فعلا او قوة اذ مع الفقر لا محذور ولا يقال يمكن تجدد المال للولد

فيلزم

فيلزم المحذور لانا نقول ويمكن تجدد ذلك للاب او موت احدهما والحاصل ان الاصل عدم تجدد ما يكون مانعا
ولا يخفى ان قول المص حذرا من وجوب الانفاق مشعر بهذا القيد لان الابن اذا كان فقيرا لا نفقة عليه
الثاني ان يكون الصبي لدون عشر ولا حاجة الى هذا القيد لان المص لا يجوز صدقة ذي العشر حال قبل
وينبغي تقييد الاب بالنسبي لان الاب من الرضاع لا نفقة له ولا يخفى ان المتبادر من الاب هو الاول فرع
لو منعنا الانفاق على كل قرابة تمحض فهل للولي قبول هبة من ينعتق عليه المتجه العدم اذا كان العتق قهرا
لتوقع المحذور وهو اتلاف المال بسبب التمول قوله ولا يكفي المعاطاة والافعال الدالة على
الايجاب نعم يباح التصرف اي لا يكفي في حصول الملك المعاطاة اعني اعطاء الواهب واخذ المتهب
او اعطاء احدهما الهبة والاخر الثواب وكذا الافعال الدالة على الايجاب اقتصارا على الاسباب الشرعية
التي ثبت نقلها للملك وهي العقود دون الافعال نعم يباح التصرف بذلك كما يباح اكل الضيف الطعام
يوضع بين يديه واخذ نثار العرس قوله والهدية كالهبة في الايجاب والقبول والقبض الهدية
ضرب من الهبة مقرونة بما يشعر باعظام المهدى اليه وتوقيره ولا يشترط لتحققها كونها على يد رسول
خلافا لبعض الشافعية لانتظام ان يقول المهدي لمن حضر هذه هديتي اليك وهل يشترط فيها
الايجاب والقبول والقبض اختلف الاصحاب في ذلك فاختار المص هنا الاشتراط لانها نوع من الهبة
فيشترط في الهبة ويلوح من كلامه في التذكرة عدم اشتراط الايجاب والقبول وان لم يصرح به محتجا
بان الهدايا كانت تحمل الى النبي ص من كسرى وقيصر وساير الملوك فيقبلها ع ولا لفظ هناك واستمر الحال
على هذا من عهده الى هذا الوقت في ساير الاصقاع ولهذا كانوا يبعثونها على ايدي الصبيان الذين لا يعتد
بعباراتهم لا يقال ان ذلك كان اباحة لا تمليكا لانا نقول لو كان كذلك لما تصرفوا فيه تصرف الملاك ومعلوم
ان النبي ص كان يتصرف فيه ويملكه غيره من زوجاته وغيرهم وقد اهدي له حلة فاهداها لعلي ع وروي ان
مارية القبطية ام ولده كانت من الهدايا وهذا قوي متين ويؤيده ان الهدية مبنية على الحشمة والاعظام
وذلك ينتفي مع اعتبار الايجاب والقبول وبنقض موضعها من النفس ومطالبة المهدي اليه بالتمليك
وسؤال الرسول هل هو وكيل منه ام لا على تقدير اعتبار عبارته ونحو ذلك خروج عن معهودها قوله ولا يصح

تعليق العقد ولا توقيته ولا تاخير القبول عن الايجاب بحيث تخرج عن كونه جوابا لا انه مع التعليق لا جزم
بالانشاء التمليك وتاقيت الملك بحيث ينتفي من دون سبب ناقل لا يعقل وقد سبق مثل هذا في السكنى
وهو قوله ولو قرنا الهبة بمدة بطلت قوله الثاني الموهوب وكل ما صح بيعه جاز هبته مشاعا كان
او مقسوما من الشريك وغيره لا خلاف بين اصحابنا في صحة هبة كل ما صح بيعه من الاعيان سواء كان
مشاعا او مقسوما من الشريك وغيره لان ذلك قابل لنقل الملك والاقباض فصحت هبته اذ لا مايز الا
لاعتبار العوض في البيع دون الهبة ولما روي ان وفد هوازن لما جاؤا الى النبي صلى الله عليه وسلم يطلبون ان يرد
عليهم ما غنمه منهم قال صلى الله عليه وسلم ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لكم وهذا هبة المشاع وقال ابو حنيفة ان
هبة المشاع الذي يمكن قسمته لا يجوز لغير الشريك بخلاف ما لا يمكن قسمته فانه يجوز ولذا هبة المنقسم
للشريك وبالغ فقال ان هبة المنقسم من اثنين لا يجوز محتجا بان القبض شرط في الهبة ووجوب القسمة
تمنع من صحته وتمامه وليس بشيء قوله ولا يصح هبة المجهول كاحد العبدين لا بعينه والحمل
واللبن في الضرع ويصح في الصوف على الظهر وكل معلوم العين وان جهل قدره ذهب المص في التذكرة
الى انه يصح هبة المجهول لانها تبرع فصحت في المجهول كالنذر والوصية بخلاف البيع وغيره من المعاوضات
المبنية على المكايسة ولاصالة الصحة ولانتفاء الغرر ومنع بعض العامة من هبة المجهول كما اختاره
المص ههنا كما اختاره المص ههنا وفصل بعضهم بان الجهل ان كان من طرف الواهب لم تصح الهبة لانه
غرر في حقه وان كان من المتهب صحت لانتفاء الغرر فعلى مختار التذكرة يجوز ان يهبه شاة من غنمه
وعبدا من عبيده او قطعة من هذا الثوب او من هذه الارض ثم يعين ما يشاء وقد صرح بذلك ثم ومنعه
ههنا وفي التحرير وفي الصحة بعد لان الموهوب هو ما ليس بمعين وغير المعين يمتنع اقباضه والمتجه ان
يقال ان لم يكن الجهالة مقتضية الى كون الموهوب بغير معين صحت الهبة ولا تقدح جهالة النوع والوصف
والقدر لان الغرر غير قادح هنا والفرق بين الهبة والنذر ان النذر يتعلق بشيء من الذمة وكذا الوصية
بخلاف الهبة فعلى هذا يصح هبة الحمل في البطن واللبن في الضرع ويكون التسليم بتسليم الام وبه صرح في التذكرة
وكذا حكم الصوف على الظهر قوله ولا يصح هبة دهن السمسم قبل عصره وكذا ما جري مجراه لانه في حكم المعدوم

قوله ولا هبة المعدوم كالثمرة المتجددة وما تحمل الدابة لامتناع تمليك ما ليس بمملوك قوله ويصح هبة
المغصوب من الغاصب وغيره والمستاجر من غير المستاجر والآبق والضال والكلب المملوك صرح المص في
التذكرة بمنع هبة المغصوب لغير الغاصب لامتناع اقباضه وكذا هبة الضال والآبق وهو ضعيف لان
اقباضه ممكن وان كان غير مقدور على تسليمه الآن فتصح العقد ويتم بالاقباض وكذا هبة المستاجر من غير
المستاجر اما الهبة من الغاصب والمستاجر فلا بحث في جوازها ويجوز هبة المستعار من المستعير وغيره ولا
ولحقا لانتفاع المالك والكلب المملوك كغيره من الاموال يصح هبته كبيعه خلافا لبعض الشافعية اما
غيره فلا ولا يخفى ان المص لو قال والمستاجر من المستاجر وغيره لكان احسن واشمل وابعد من الوهم قوله
ولو وهب المرهون فان بيع ظهر البطلان وان انفك فللراهن تصح هبة المرهون من المرتهن فان كان
في يده لم يفتقر الى تجديد قبض على ما سياتي ان شاء الله تعالى والا فلا بد من اقباضه ولو وهبه من غير المرتهن صح
على الاقوى لان حق الرهانة لا يصلح للمانعية نعم يقع العقد موقوفا على اجازة المرتهن فان اجاز بطلت الرهانة
فان رجع الواهب لم يبطل الرهن وان لم يجز لم يحكم بالبطلان حينئذ على الاصح بل ينظر فان بيع الرهن فقد ظهر بطلان
الهبة وان انفك ظهر للواهب الخيار في الاقباض فان اقبض لزمت ووجهه ان في ذلك صيانة لتصرف المالك
عن البطلان مهما امكن ولان فيه جمعا بين الحقوق كلها قوله وفي صحة الاقباض حالة الرهن من دون اذن
المرتهن اشكال ينشا من صدق حصول القبض فان النهي في غير العبادات لا يدل على الفساد ومن ان اقباضه
نهي عنه والنهي اذا توجه الى بعض اركان العقد كان غير معتبر في نظر الشرع فلا يكون العقد معتدا
به كالنهي عن بيع المجهول بخلاف البيع وقت النداء والاقرب عدم الصحة قوله فان سوغناه لم يحصل
به الملك فان فك صحت الهبة اي فان حكمنا بصحة القبض حالة الرهن بغير اذن المرتهن لم يحصل به
الملك حينئذ لتعلق حق المرتهن لكن اذا فك الرهن ظهر اثر القبض حينئذ وصحت الهبة قوله ولا تصح هبة
الدين لغير من عليه لامتناع قبضه قد سبقت هذه المسئلة في كلام المص وكانه غفل عما مضى فكررها هنا
قوله وهبة الحامل لا يقتضي هبة الحمل لانه ليس جزءا منها فلا يدخل في مسماها قوله ويصح البراءة
من المجهول لان البراءة اسقاط فلا تنافيها الجهالة خلافا للشافعي واعتبر في صحته ان يقول ابراتك من درهم

الى ان الرقبى هى قول الانسان لغيره جعلت لك خدمة هذا العبد مدة حيوتك او مدة حيوتى وذلك ماخوذ
من رقبة العبد وظاهر المذهب هو ما ذكره المصـ قوله ويلزم بالقبض على راى ٩ فى هذه المسئلة للاصحاب
على ما نقله جمع ثلثة اقوال اللزوم بالقبض لعموم اوفوا بالعقود ولقول الصادق عـ فى رواية ابى الصباح
عن السكنى والعمرى ان كان جعل السكنى فى حيوته فهو كما شرط وان جعلها له ولعقبه بعده حتى يفنى عقبه
فليس لهم ان يبيعوا ولا يورثوا وفى معناها حسنة الحلبى عنه عـ فيما قلت فرجل اسكن داره ولم يوقت قال
جايز ويخرجه اذا شاء وهاتان لم يصرح فيهما باعتبار القبض الا انه لا شك فى اعتباره والقايل باللزوم
انما يقول به مع القبض وهو الاشهر والاصح الثانى الجواز للاصل وضعفه ظاهر الثالث التفصيل وهو
اللزوم قصد القربة لانها فى معنى الهبة المعوضة قال شيخنا الشهيد فى بعض الحواشى فيه دقيقة هى انه
يعلم من هذا التفصيل جواز عراء السكنى عن نية التقرب قال وقد اشترطها المصـ فى بحصر الخلاف فى قولين
اللزوم وعدمه ثم حمل كلام المصـ على ان المراد اشتراطها فى استحقاق الثواب لا فى لزوم العقد ولم يصرحوا
باشتراط القبض عند القايل بهذا التفصيل لكن تشبيهها بالهبة فى بعض العبادات يشعر بذلك قوله ولو قال
لك سكنى هذه الدار ما بقيت وحيست صح ويرجع الى المسكن بعد موت الساكن ٠ المراد برجوع السكنى لان
الدار باقية على الملك فاذا نقل المنفعة زمانا اتبع الشرط قوله ولو قال اعمرتك هذه الدار ولعقبك
رجعت اليه بعد العقب ولا ينتقل الى المعمر وان لم يشترط رجوعها اليه بعده ٠ لا ريب ان العمرى لا ينتقل
بها الى المعمر بحال عندنا سواء اطلق الاعمار او قيده بالعود اليه او الى ورثته بعد موت المعمر برجوع الاعمار
الى عقب المعمر ونسله دايما بل اذا مات المعمر فى الاول وورثته فى الثانى رجعت المنفعة الى المعمر المالك
ان كان والا فالى ورثته وفصل الشافعى فقال انه اذا اعمره له ولعقبه من بعده صح ذلك وان كان هبة
وان اقتصر على قوله جعلتها لك عمرك ففيه قولان عنه الجديد انه يصح هبة والقديم اختلف فيه فقيل انه
الحكم بالبطلان وقيل بالصحة على انها عارية وان قيد بعودها الى المعمر او الى ورثته فالبطلان والصحة
هنا مبنيان على ما قبله ونصوص الاصحاب مصرحة ببقاء الملك ففى رواية ابى الصباح السالفة ويرجع الدار
الى صاحبها الاول قوله وكل ما صح وقفه صح اعماره من العقار والحيوان والاثاث ٠ لان العمرى نوع اعارة

الى الف ولا فرق بين ان يكون لهما سبيل الى معرفته وعدمه اذا رضى باسقاطه كائنا ما كان خلافا لاحمد قوله
ولو علمه المديون وخشى من عدم الابراء لو اظهره لم يصح الابراء لعدم العلم بالقصد الى اسقاط ما فى الذمة
والاصل البقاء قوله ولو ابراه لو اظهره لم يصح الابراء لعدم العلم بالقصد الى اسقاط ما فى الذمة والاصل
البقاء قوله ولو ابراه من نهاية معتقد انه لا حق له وكان لما يه ففى صحة الابراء اشكال ٠ ينشا من انه
ابراء صدر من اهله لانه الغرض فى محله لثبوت الحق فى الذمة ومن عدم القصد الى ابراء ما يستحقه لاعتقاده
انه لا شئ له وحقق شيخنا الشهيد ان هنا احكاما اربعا الاول ظاهرا بالنسبة الى الموهوب والاولى فيه
القطع بالصحة الثانى الحكم باطنا بالنسبة اليه فمع علمه بعدم القصد لا تبرا ذمته ومع عدمه يبرا الثالث
للحكم ظاهرا بالنسبة الى الواهب وهو اللزوم مواخذة له بصيغة الابراء وينبغى ان يتقيد بما اذا يعلم بالبينة
العادلة انه لم يكن معتقدا لاستحقاق شئ كما لو اخبر حين ايقاع الصيغة عن نفسه بذلك الرابع للحكم باطنا
بالنسبة اليه وهو موضع الاشكال والاصح عدم الصحة بلا اشكال وتظهر الفايدة فى جواز المقاصة وعدمها
فعلى الصحة لا يجوز وعلى العدم يجوز قوله الثالث القبض وهو شرط فى صحة الهبة لا ينافى عدم القبض
شرطا للصحة ما سبق انه ركن لها اذ لا امتناع فى ان يكون جزا السبب وشرطا للترتب اثره عليه واعلم ان هذا
هو المعروف من مذهب الاصحاب وحكى الشيخ فى المبسوط خلافا ان الملك هل يحصل من حين القبض او من
حين العقد ويكون القبض كاشفا وصحح الاول ولا ريب فى ضعف الثانى لاصالة بقاء الملك على ماله
الى ان يحصل السبب الناقل وتظهر الفايدة فى النماء قوله وشرطه اذن الواهب وايقاع القبض للهبة فلو قبض
من دون اذنه لم ينتقل الملك اليه وان كانا فى المجلس وكذا لو اقبضه الواهب لا للهبة يشترط لصحة القبض
امران احدهما اذن الواهب فلا يعتد به من دون اذنه لان التسليم غير مستحق عليه فجرى مجرى ما لو قبض المشترى
المبيع قبل تسليم الثمن بغير اذن البايع ولا فرق فى ذلك بين كونهما فى المجلس وعدمه خلافا لابى حنيفة حيث
لم يشترط الاذن اذا كانا فى المجلس الثانى ايقاع القبض للهبة والمراد به على ما يرشد اليه كلام الله اخراه
اذن الواهب فى قبضه للهبة حيث فرع على هذا الشرط قوله وكذا لو اقبضه الواهب لا للهبة لا ان ذلك على
المتبادر من العبارة والحاصل ان اقباض الواهب للمتهب يشترط ان لا يكون لغير الهبة فلو اقبضه للايداع او

التزم بها او نوع صدقة بالمنافع المباحة فجازت كما تجوز في الملك **قوله** ولو قرن الهبة بمدة بطلت الظاهر
ان المراد بذلك في غير العمري والرقبي كما قيد به في التذكرة فلو وهب مدة لم يصح اذ لا يعقل التمليك
الموقت كالبيع بخلاف العمري والرقبي لانهما عندنا لا ينقلان الاعيان اما لو اعمر بلفظ الهبة فلا مانع من
الصحة لان العمري في معنى الهبة للمنافع وقد حكينا سابقا عن التذكرة التصريح به **قوله** واذا وقت السكنى
لم يكن له الرجوع قبل الانقضاء مع القبض بناء على لزوم العقد بالقبض كما سبق **قوله** فان مات المالك
فلورثته السكنى حتى تنقضي المدة او عمر المالك في هذا دليل على ان السكنى يقتضي نقل المنافع الى ملك الساكن
نقلا تاما والا لم تورث عنه وفي هذا اشعار بجواز التقايل في هذا العقد بخلاف الوقف وكذا قولهم انه
في معنى الهبة للمنافع ولم اجد به تصريحا ويأتي في الحبس مثله **قوله** ولو قرنت بعمر الساكن فمات المالك
لم يكن لورثته ازعاجه قبل وفاته مطلقا على راي اي لم يكن لورثة المالك ازعاج الساكن قبل وفاته
حيث ان السكنى مقرونة بعمر الساكن مطلقا اي سواء كان ثلث التركة وافيا بقيمة الدار اولا وهذا هو المشهور
والمفتي به وقال ابن الجنيد ان كانت قيمة الدار تحيط بثلث الميت لم يكن لهم اخراجه وان كان ينقص عنها
كان ذلك لهم لما رواه خالد بن نافع البجلي عن الصادق عم قال سألته عن رجل جعل لرجل سكنى دار حيوته يعني
صاحب الدار فمات الذي جعل السكنى وبقي الذي جعل له السكنى ارايت ان اراد الورثة ان يخرجوه من
الدار لهم ذلك فقال اري ان يقوم الدار بقيمة عادلة وينظر الى ثلث الميت فان كان في ثلثه ما يحيط
بثمن الدار فليس للورثة ان يخرجوه وان كان الثلث لا يحيط بثمن الدار فلهم ان يخرجوه قيل له ارايت ان مات الرجل
الذي جعل له السكنى بعد موت صاحب الدار يكون السكنى لورثة الذي جعل له السكنى قال لا قال الشيخ ما تضمن
هذا الخبر من قوله يعني صاحب الدار حين ذكر ان رجلا جعل لرجل سكنى دار له فانه غلط من الراوي ووهم في التاويل
لان الاحكام التي ذكرناها بعد ذلك انما يصح اذا كان قد جعل السكنى حيوة من جعلت له السكنى واجاب المص
في المختلف بالحمل على الوصية ومثلها ما لو كانت السكنى في مرض الموت وفيه نظر وهو ان ذلك لا يوجب اعتبار
خروج جميع قيمة الدار من الثلث بل ما نقص منها بذلك سيأتي ان شاء الله تعالى تحقيقه في الوصية وطعن فيها بضعف
السند والعمل على المشهور لان العقد المنجز في حال الصحة ماض كساير العقود سواء تعلق بعين او منفعة فان المالك

الاف



